



Centro Universitário de Brasília
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS
Curso de Direito

GUSTAVO DE MACEDO OLIVEIRA

**A EFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS À LUZ DO PRINCÍPIO DA
PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL**

Brasília

2012

GUSTAVO DE MACEDO OLIVEIRA

A EFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS À LUZ DO PRINCÍPIO DA
PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito do
Centro Universitário de Brasília.

Orientadora: Prof^ª. Christine Oliveira Peter da
Silva.

Brasília
2012

Agradeço primeiramente a Deus, que sempre iluminou os meus passos.

À minha mãe (*in memoriam*), que olha com amor e carinho por mim.

Ao meu pai, meu porto seguro, que com muita luta e sacrifício, possibilitou que eu chegasse até aqui.

À minha tia Nereide, pelo apoio em todos os sentidos.

À Flávia, pelo carinho e paciência.

RESUMO

OLIVEIRA, Gustavo de Macedo. **A eficácia dos direitos sociais à luz do princípio da proibição do retrocesso social**. 2012. 65 f. Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília. Brasília, 2012.

Monografia no âmbito do Direito Constitucional, voltada para o princípio da proibição do retrocesso social, entendido como mecanismo eficaz para a concretização e eficácia dos direitos sociais dentro de um Estado Constitucional. Uma Constituição Dirigente, através de suas normas programáticas busca garantir a eficácia dos direitos sociais, eficácia essa realçada pelo princípio da proibição de retrocesso social. A pesquisa busca demonstrar, que a efetividade dos direitos sociais pode ser informada pelo princípio da proibição do retrocesso social, ressaltando-se, entretanto, o caráter relativo deste princípio. O presente trabalho se pautou pela pesquisa bibliográfica, procurando apresentar o que vem sendo construído pela doutrina e jurisprudência pátria sobre a temática em foco, além de um enfoque sobre o tema da Constituição Dirigente e os desdobramentos advindos dessa tese. Verificou-se que, mesmo quando se mostrar pertinente uma redução a nível social, o chamado mínimo existencial não poderá ser atingido, em nome da fidelidade ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Direito Constitucional, Estado Constitucional, Constituição Dirigente, direitos sociais, proibição de retrocesso social, dignidade da pessoa humana.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO | 6 |
| 1. ESTADO CONSTITUCIONAL..... | 9 |
| 1.1 Considerações Iniciais | 9 |
| 1.2 Do Estado de Direito ao Estado Constitucional | 11 |
| 1.3 A importância dos Direitos Fundamentais no Estado Constitucional | 15 |
| 1.4 Efeito Dirigente Dos Direitos Fundamentais no Estado Constitucional | 18 |
| 2. CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE | 20 |
| 2.1 Revisitação da Tese do Dirigismo Constitucional..... | 20 |
| 2.2 Normas Programáticas..... | 26 |
| 2.3 Aplicabilidade dos Direitos Sociais..... | 30 |
| 3. PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL NO CONTEXTO DO ESTADO CONSTITUCIONAL..... | 37 |
| 3.1 Conceito..... | 37 |
| 3.2 O Princípio da Proibição de Retrocesso no Direito Comparado | 44 |
| 3.3 O Princípio da Proibição de Retrocesso no Direito Pátrio | 47 |
| 3.4 Segurança Jurídica e Proibição de Retrocesso | 51 |
| 3.5 A Questão da Reserva do Possível | 55 |
| CONCLUSÃO..... | 60 |
| REFERÊNCIAS | 64 |

INTRODUÇÃO

O presente estudo situa-se na seara do Direito Constitucional e pretende investigar as condições de possibilidade da máxima eficácia dos direitos fundamentais de caráter social, notadamente pelo reconhecimento no âmbito do Estado Constitucional do princípio da proibição do retrocesso social, em busca de uma efetiva concretização dos direitos fundamentais sociais.

Com o advento do paradigma do Estado Constitucional, entendido como uma alternativa ao então Estado de Direito, passa-se a ter um enfoque na supremacia da constituição consubstanciada na primazia dos direitos fundamentais. Segundo esse paradigma, percebe-se que o poder público encontra-se intrinsecamente vinculado aos direitos fundamentais, não só ao tocante à sua respeitabilidade, mas também com relação à sua promoção.

Intimamente ligado ao conceito de Estado Constitucional está o conceito de Constituição Dirigente, cujas normas programáticas norteariam a atuação do legislador infraconstitucional, estabelecendo as diretrizes e os fins para o Estado e a sociedade.

Essas normas ditas programáticas não devem ser entendidas como meros programas de governo, desprezadas a um segundo plano, vistas apenas como um modelo do que seria o conveniente, essas normas possuem sim valor jurídico constitucional, vinculando o legislador infraconstitucional, uma vez que, seriam verdadeiras imposições constitucionais.

Em um país com as dimensões do Brasil, onde as desigualdades sociais são tão acentuadas, e os direitos dos cidadãos muitas vezes não são respeitados pelos governantes, o dirigismo constitucional se faz necessário para que uma igualdade substancial seja realmente alcançada de fato.

As conquistas sociais se dão mediante uma postura proativa por parte do legislador ordinário e uma vez concretizadas, através de normas legais, não podem simplesmente ser revogadas retornando ao *status quo*, retrocedendo no ganho social já alcançado, daí a necessidade da observância do Princípio da Proibição do Retrocesso Social, como forma de se garantir direitos adquiridos e a manutenção da segurança jurídica. Percebe-se que o Princípio da Proibição do Retrocesso Social guarda estreita relação com a tese da Constituição Dirigente.

Trata-se de princípio ainda incipiente no ordenamento jurídico pátrio encontrando-se mais desenvolvido em Portugal, em grande medida pela contribuição do doutrinador português José Joaquim Gomes Canotilho. Resumindo, significa que, uma vez concretizados via legislação infraconstitucional, os direitos fundamentais, notadamente os direitos sociais, emanados pela lei fundamental, saem da esfera de discricionariedade do poder público, sendo-lhe vedada a supressão, pura e simples desses direitos, já que desta forma o poder público estaria indo na contramão do que a Constituição garantiu.

O objetivo deste trabalho é verificar a aplicabilidade do princípio da proibição do retrocesso social no ordenamento pátrio, procurando demonstrar que ele decorre do sistema jurídico-constitucional brasileiro, analisar os demais princípios constitucionais que comungam com o princípio da proibição do retrocesso social, além de demonstrar a eficácia dos direitos sociais com base na tese do dirigismo constitucional que estabelece as diretrizes, para a política pública na persecução dos objetivos e fins do Estado, elencados na Carta Constitucional.

Assim, diante de todo o exposto, fica delineada desta forma a questão central que orientará o presente trabalho: É possível restringir direitos fundamentais sociais?

Um caráter absoluto do citado princípio deve ser rechaçado, uma vez que o legislador ordinário não pode ser considerado um mero executor de ordens constitucionais, deve-se observar a sua autonomia e liberdade na atuação legiferante, assim eventualmente poderá haver restrições de direitos sociais, desde que o chamado núcleo essencial desses direitos sejam preservados, ou mesmo que sejam criados outros modelos alternativos ou compensatórios. Para isso, propõe-se como princípio-parâmetro o da proibição de retrocesso social.

O modelo utilizado como metodologia de pesquisa será o dogmático-jurídico, via pesquisa bibliográfica, por meio de análise doutrinária, jurisprudencial e de dispositivos da Constituição. Com relação à temática que norteará o presente trabalho, serão utilizados os ensinamentos de José Joaquim Gomes Canotilho, por ser o maior expoente do tema, além de Ingo Wolfgang Sarlet, por ser o autor que mais vem tratando da questão do princípio da proibição de retrocesso social no Brasil.

Em um primeiro momento será feita uma análise sobre o paradigma do Estado Constitucional, posteriormente uma abordagem sobre a tese da Constituição Dirigente, e

finalmente o exame do Princípio da Proibição do Retrocesso Social, e suas implicações na ordem jurídica e social pátria.

O primeiro capítulo é alvo de uma abordagem acerca da temática do paradigma alternativo do Estado Constitucional, fazendo um apanhado histórico, desde as primeiras noções de Estado até chegar ao paradigma do Estado Constitucional, demonstrando a importância dos direitos fundamentais dentro de um Estado Constitucional, e destacando o efeito dirigente desses direitos fundamentais, servir-se-á para esta empreitada, os ensinamentos de autores como, Perez Luño, Gustavo Zagrebelsky e Luiz Guilherme Marinoni, dentre outros.

No segundo capítulo será analisada a tese da constituição dirigente, e a sua posterior revisão por seu autor, José Joaquim Gomes Canotilho, procurando elucidar se o dirigismo constitucional ainda é cabível nos dias atuais, mormente as características de nosso país. Será feita também, uma análise acerca das normas programáticas que compõe o núcleo constitucional dirigente, e finalmente a questão da imediata aplicabilidade dos direitos sociais, para este desiderato serão utilizadas principalmente as lições de José Joaquim Gomes Canotilho, justamente por ser o pai da tese da constituição dirigente, recorrendo também aos ensinamentos de Ingo Wolfgang Sarlet, além de outros autores que tratam do assunto.

Em última análise, o terceiro capítulo abordará o tema do princípio da proibição do retrocesso social propriamente dito e a suas várias nuances, fazendo a ponte deste princípio com os seus pontos de contato no sistema jurídico-constitucional pátrio, além de uma amostragem do referido princípio no direito comparado. Será trazida a tona a questão da segurança jurídica bem como do instituto bastante utilizado, denominado de reserva do possível, por último será tratado do caráter relativo do princípio em comento, aproveitando-se em grande medida da doutrina de José Joaquim Gomes Canotilho e Ingo Wolfgang Sarlet, sem o prejuízo das considerações de outros autores.

O tema apresentado longe está de ser pacífico no cenário nacional, mas é de suma importância o debate acerca da matéria aqui exposta, especialmente no Brasil, onde uma igualdade real nunca foi alcançada de fato, e nesse diapasão as conquistas sociais, que à custa de muitos sacrifícios foram alcançadas, merecem esse estudo, que apresento como uma reflexão apurada a fim de se buscar meios que resguarдем as garantias de turbulências políticas.

1. ESTADO CONSTITUCIONAL

1.1 Considerações Iniciais

Alternativamente à visão clássica de Estado de Direito, emerge o paradigma do Estado Constitucional, sustentado pela supremacia dos direitos fundamentais, positivados no texto constitucional, dada a posição privilegiada desses direitos fundamentais inseridos na Carta Magna. O Estado Constitucional deve então ser entendido, como paradigma alternativo ao Estado de Direito, considerado, aqui, como Estado de Direito Legislativo.¹

Em um mundo atualmente globalizado, vários grupos sociais de todos os tipos compõem as sociedades de hoje em dia, isso leva a uma série de ideologias, interesses e convicções de todo o gênero.² Assim, no Estado Constitucional essa heterogeneidade de fatores e instâncias sociais influencia a produção do direito.³

Diante dessa pluralidade cultural, social e econômica, somente uma Constituição que congregue todos esses valores, atentando para princípios e direitos nela consagrados, pode garantir a unicidade e consequentemente a validade de todo o ordenamento. A Constituição, então, em vez de prever tudo, codificadamente, passa a ser a base de onde partem as garantias de legitimidade para cada um dos setores sociais.⁴

No entanto, não é porque os direitos fundamentais e princípios próprios do Estado Constitucional encontram-se escritos em uma Constituição, que necessariamente um Estado pode ser considerado como um Estado Constitucional. Esses direitos e princípios devem ser realmente concretizados, sob pena de se ter uma constituição de fachada.

¹ SILVA, Christine Oliveira Peter da. **A jurisdição e a defesa da constituição no estado constitucional brasileiro**. 2009. Trabalho desenvolvido para a disciplina jurisdição constitucional brasileira. (Doutorado)-Programa de Doutorado em Direito e Estado da Universidade de Brasília, Brasília, 2009. p. 6

² SILVA, Lúcio Tadeu da. **O estado constitucional cogitado por Gustavo Zagrebelsky**. Disponível em <<http://www.tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/205-artigos-jun-2007/5453-o-estado-constitucional-cogitado-por-gustavo-zagrebelsky>>. Acesso em 09 de nov. de 2011. p. 10

³ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique: **La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional**. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2002. Tradução de Viviane de Almeida Cunha Logrado. Brasília-DF, 2011. p. 4

⁴ SILVA, L., op. cit., p. 10

[...] Não se pode esquecer que vários regimes totalitários, como bem é salientado por Zagrebelsky, e até mesmo entregues a constantes guerras, até mesmo com o escopo de “limpezas étnicas”; questões religiosas, ideológicas, etc., eram denominados de Estado de Direito, visto que estavam assentados na legalidade.⁵

Não é porque um governo encontra-se legitimado, por ter chegado ao poder pelas vias legítimas, ou seja, as vias democráticas, com o respaldo do voto democrático, que ele não deva estar vinculado a um poder maior: os direitos fundamentais, que devem ser observados e concretizados. Os direitos fundamentais assumem, portanto, uma importância ímpar para o indivíduo frente ao poder estatal, conforme ensina Jorge Reis Novais:

[...] ter um direito fundamental significará, então, ter um trunfo contra o Estado, contra o Governo democraticamente legitimado, o que, em regime político baseado na regra da maioria, deve significar, afinal, que ter um direito fundamental é ter um trunfo contra a maioria, mesmo quando esta decide segundo os procedimentos democráticos instituídos.⁶

Esse entendimento de direitos fundamentais como trunfos, é proveniente de Ronald Dworkin⁷, tendo em mente que, ao falar de direitos como trunfos, Dworkin não está apresentando uma definição exata de “ter um direito”, mas antes, explicitando como eles devem ser entendidos na relação indivíduo-sociedade.⁸

Mas os direitos fundamentais não são exclusivamente direitos de defesa do cidadão frente ao poder estatal; por seu efeito irradiante e horizontal, os direitos fundamentais irradiam efeitos para os demais ramos do direito e devem ser observados também nas relações entre os particulares. Trata-se da ideia de que os direitos fundamentais irradiam efeitos também para as relações privadas, não constituindo direitos oponíveis somente aos poderes públicos.⁹

⁵ SILVA, Lúcio Tadeu da. **O estado constitucional cogitado por Gustavo Zagrebelsky**. Disponível em <<http://www.tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/205-artigos-jun-2007/5453-o-estado-constitucional-cogitado-por-gustavo-zagrebelsky>>. Acesso em 09 de nov. de 2011. p. 15

⁶ NOVAIS, apud, Osvaldo Ferreira de. **A concepção de direitos fundamentais como trunfos no estado constitucional**. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, XVIII, 2009, São Paulo. p. 5987

⁷ CARVALHO, op. cit., p. 5987

⁸ DWORKIN, apud AGNOLL, Darlei Dall'. **O igualitarismo liberal de dworkin**. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0100-512X2005000100005&script=sci_arttext#not . Acesso em 18 de mar. de 2012.

⁹ SILVA, Christine Oliveira Peter da. **A jurisdição e a defesa da constituição no estado constitucional brasileiro**. 2009. Trabalho desenvolvido para a disciplina jurisdição constitucional brasileira. (Doutorado)-Programa de Doutorado em Direito e Estado da Universidade de Brasília, Brasília, 2009, p.15

A supremacia da Constituição se consubstancia na primazia dos direitos fundamentais e o juiz deve se ater principalmente aos ditames emanados pela Carta Magna, não à vontade da lei, daí porque o juiz deve estar vinculado às regras e princípios emanados da Constituição, e não pela vontade do legislador ordinário, posto que este pode editar normas que não se coadunam com os mandamentos constitucionais. A primazia da lei cede seu posto à primazia da Constituição.¹⁰

A história dos direitos fundamentais desemboca no surgimento do moderno Estado constitucional cuja essência e razão de ser residem justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais.¹¹

1.2 Do Estado de Direito ao Estado Constitucional

A forma doutrinária e jurisprudencial é designadamente a marca de um direito pré-moderno, que era propagado pela sabedoria tradicional, consolidada com o passar dos tempos. Onde o critério de existência e validade de uma norma não era o respeito a uma formalidade necessária à sua edição, mas, sim, a sua intrínseca racionalidade ou justiça substancial.¹²

Com as revoluções do século XVIII, ocorre a ruptura com antigo regime absolutista, centrado na figura do soberano, passando ao chamado Estado Liberal de Direito, ou Estado Mínimo, cujo fundamento era a supremacia da lei. Emerge nesse contexto revolucionário a figura do Estado de Direito como forma de resposta aos anseios de um Estado que se vinculasse à lei, aos desejos do povo e não mais fosse visto como uma mera instituição subalterna sujeita aos caprichos do soberano.¹³

¹⁰ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique: **La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional**. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2002. Tradução de Viviane de Almeida Cunha Logrado. Brasília-DF, 2011, p. 4

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003. p. 39

¹² FERRAJOLI, Luigi. **O estado de direito entre o passado e o futuro**. In: COSTA, Pietro. (Org.), ZOLO, Danilo. (Org.) **O estado de direito: história, teoria, crítica**. São Paulo: Martins Fontes. 2006 p. 417 - 464. p. 419-420

¹³ SILVA, Lúcio Tadeu da. **O estado constitucional cogitado por Gustavo Zagrebelsky**. Disponível em <<http://www.tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/205-artigos-jun-2007/5453-o-estado-constitucional-cogitado-por-gustavo-zagrebelsky>>. Acesso em 09 de nov de 2011, p. 14

Passa-se do império do Soberano, para o império da lei, em que as mais diversas arbitrariedades poderiam ser cometidas sob o pálio da lei. Toda sorte de arbitrariedades públicas e privadas poderiam ser validadas diante da pura e simples alegação de que estavam conforme a lei ¹⁴ e pior, reduziu o Direito a um sistema de normas prescritivas absolutas, capazes de legitimar o mais puro autoritarismo e promover a barbárie em nome da lei.¹⁵

O princípio da legalidade, grande diretriz do Estado Liberal, resumiu o direito à lei, e a legitimidade dependia apenas da fonte de edição da norma. ¹⁶ Para o positivismo pouco importava se o conteúdo material da norma era apto a gerar arbitrariedades, já que para esta corrente o que importava era o formalismo legal, ou seja, a observância do procedimento estipulado para a edição da norma era a sua única condição de validade.¹⁷

Neste diapasão, as várias iniquidades cometidas pelos regimes totalitários europeus puderam ser acobertadas, a lei foi utilizada como instrumento de destruição de liberdades.¹⁸ O regime nazista foi a maior prova de que a lei pode ser utilizada para fins escusos, já que os seus atos desumanos e discriminatórios, estavam encobertos pelo formalismo legal, típico do positivismo, em ascensão na época.¹⁹

Os juízes estavam vinculados pura e simplesmente aos ditames da lei, reduzindo a atividade jurisdicional a uma releitura da norma positivada, ou quando muito a uma busca pela vontade do legislador. ²⁰ Daí a crítica ao positivismo, que restringiu o trabalho dos operadores do direito, a uma atividade automática de aplicação da lei; dissociada da crítica

¹⁴ SILVA, Lúcio Tadeu da. **O estado constitucional cogitado por Gustavo Zagrebelsky**. Disponível em <<http://www.tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/205-artigos-jun-2007/5453-o-estado-constitucional-cogitado-por-gustavo-zagrebelsky>>. Acesso em 09 de nov de 2011, p. 15

¹⁵ VICTORINO, Fabio Rodrigo. Evolução da teoria dos direitos fundamentais. **Revista CEJ**: Brasília, ano XI, n. 39, p. 10-21, out./dez. 2007. p. 12

¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **A jurisdição no estado constitucional**. Disponível em <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/2174/A_Jurisdic%C3%A7%C3%A3o_no_Estado_Constitucional.pdf?sequence=1>. Acesso em 09 de nov. de 2011. p. 28

¹⁷ MARINONI, op. cit., p. 12

¹⁸ DERBLI, Felipe. Segurança jurídica, legalidade, irretroatividade e anterioridade. **Revista Ciências Sociais**. Rio de Janeiro, v. 10, n. 1-2, p. 91-117, jan./dez. 2004, p. 102

¹⁹ VICTORINO, Fabio Rodrigo. Evolução da teoria dos direitos fundamentais. **Revista CEJ**: Brasília, ano XI, n. 39, p. 10-21, out./dez. 2007. p. 12

²⁰ SILVA, Lúcio Tadeu da. **O estado constitucional cogitado por Gustavo Zagrebelsky**. Disponível em <<http://www.tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/205-artigos-jun-2007/5453-o-estado-constitucional-cogitado-por-gustavo-zagrebelsky>>. Acesso em 09 de nov de 2011, p. 20

epistémica, limitando a prática jurídica seja nos tribunais, na academia ou na concepção doutrinária, a uma aplicação mecânica das normas jurídicas.²¹

Sob a égide do paradigma do Estado Constitucional, essa atividade automática de mera aplicação da lei é substituída por uma interpretação crítica. Seguindo os postulados constitucionais, o processo hermenêutico constitucional se mostra, como “instância crítica”, sempre aberta a novas exposições e inovações, sem sedimentar posições estáticas.²²

Com a passagem do então Estado Liberal para o Estado Social, ocorre um aumento da intervenção estatal por meio da produção normativa, acarretando um inchaço de normas, ou segundo Perez Luño uma “*hipertrofia legislativa*”, levando a um desequilíbrio entre a produção normativa e a capacidade de sua aplicação.²³

Para Luigi Ferrajoli, esse crescimento na produção legislativa levou ao declínio das codificações gerando incertezas no plano jurídico:

[...] O resultado desse crescimento exponencial – fruto de uma política que degradou a legislação a administração, perdendo em fim a distinção entre as duas funções, tanto no plano das fontes como dos conteúdos – é o declínio das codificações e a crescente incerteza e ingovernabilidade de todo o sistema jurídico.²⁴

A pluralidade de grupos sociais, buscando a proteção dos mais variados interesses, pressionando o legislativo a produzir normas voltadas para os respectivos interesses, acarretou esse inchaço de normas, demonstrando que a atividade legislativa está voltada mais para a vontade dos lobbys e dos grupos de pressão do que para representar a vontade uniforme do Parlamento ou expressar a vontade do poder político que legitimamente o domina.²⁵ Outro

²¹MARINONI, Luiz Guilherme. **A jurisdição no estado constitucional**. Disponível em <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/2174/A_Jurisdi%C3%A7%C3%A3o_no_Estado_Constitucional.pdf?sequence=1>. Acesso em 09 de nov. de 2011. p. 12

²²PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique: **La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional**. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2002. Tradução de Viviane de Almeida Cunha Logrado. Brasília-DF, 2011, p. 4

²³PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique: **La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional**. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2002. Tradução de Viviane de Almeida Cunha Logrado. Brasília-DF, 2011, p. 5

²⁴FERRAJOLI, Luigi. **O estado de direito entre o passado e o futuro**. In: COSTA, Pietro. ZOLO, Danilo. (Org.) **O estado de direito: história, teoria, crítica**. São Paulo: Martins Fontes. 2006 p. 417 – 464. p. 440

²⁵MARINONI, Luiz Guilherme. **A jurisdição no estado constitucional**. Disponível em <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/2174/A_Jurisdi%C3%A7%C3%A3o_no_Estado_Constitucional.pdf?sequence=1>. Acesso em 09 de nov. de 2011. p. 26

fator de crise do princípio da legalidade, segundo Ferrajoli, foi o desequilíbrio da linguagem das leis expresso pela sua crescente imprecisão, obscuridade e ambiguidade.²⁶

Assim, diante da pluralidade de grupos que pressionam e compõem o parlamento, com a consequente multiplicação de normas visando a proteções de caráter muitas vezes egoístico de determinados grupos, era imprescindível garantir a unicidade do ordenamento, daí porque a edição das normas deve se sujeitar a um controle material, a um controle substancial da lei, e essa materialidade é expressa pelos princípios de justiça. Tal substância e esses princípios tinham que ser colocados em uma posição superior e, assim, foram infiltrados nas Constituições.²⁷

Desta forma, a lei agora deve estar conforme a Constituição, devendo seguir os postulados constitucionais, tanto formais quanto materiais, estes expressos pelos princípios constitucionais. A lei deixa de ter apenas uma legitimação formal, ficando amarrada substancialmente aos direitos positivados na Constituição, sob pena de ser retirada do ordenamento.²⁸

O juiz na atividade de interpretar e aplicar a norma deve emitir um juízo sobre ela própria, no sentido da lei estar ou não de acordo com a Constituição, caso não esteja, deve afastá-la por meio da declaração de inconstitucionalidade. De fato, não são admitidas normas legais, cujo significado esteja em contraste com normas constitucionais.²⁹

Essa visão de rigidez constitucional, e de vinculação das demais normas aos mandamentos constitucionais, só surge após a Segunda Guerra Mundial, iniciando-se nas democracias ocidentais um paulatino processo dirigido a fazer judicial o conteúdo das Constituições³⁰, isso depois de toda a barbárie cometida pelos regimes nazifascistas, onde o

²⁶ FERRAJOLI, Luigi. **O estado de direito entre o passado e o futuro**. In: COSTA, Pietro. ZOLO, Danilo. (Org.) *O estado de direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes. 2006 p. 417 – 464. p. 440

²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **A jurisdição no estado constitucional**. Disponível em <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/2174/A_Jurisdic%C3%A7%C3%A3o_no_Estado_Constitucional.pdf?sequence=1>. Acesso em 09 de nov. de 2011. p. 28-29

²⁸ MARINONI op. cit., p. 29

²⁹ FERRAJOLI, Luigi. **O estado de direito entre o passado e o futuro**. In: COSTA, Pietro. ZOLO, Danilo. (Org.) *O estado de direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes. 2006 p. 417 - 464. p. 425-426

³⁰ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique: **La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional**. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2002. Tradução de Viviane de Almeida Cunha Logrado. Brasília-DF, 2011. p. 6

Estado foi o principal vilão, aquele que mais desrespeitou os direitos humanos. A era Hitler foi marcada pela lógica da destruição e da descartabilidade da pessoa humana.³¹

1.3 A importância dos Direitos Fundamentais no Estado Constitucional

Os princípios e garantias materiais inseridos nos textos constitucionais foram expressos na forma de direitos fundamentais, intrínsecos a própria condição humana, e não mais assentados em premissas divinas como se fez outrora. Denota-se que essa característica humanística é própria do Estado Constitucional,³² neste passo, em um Estado Constitucional, os direitos fundamentais assumem a atribuição principal dando os contornos e os objetivos da estruturação, organização, e atuação estatal, nas relações com a sociedade e com os particulares.³³

Logo, se impõe a necessidade de assegurar de fato a real garantia dos direitos fundamentais, com vistas à realização do Estado Constitucional e Democrático, e da própria cidadania.³⁴ No Estado Constitucional os direitos fundamentais surgem como fundamento e limite do poder estatal.³⁵

Os direitos fundamentais formam um sistema que é próprio do Estado Constitucional, e que irá convergir para a dignidade da pessoa humana,³⁶ resultando na força imperativa da Constituição com os princípios de justiça e os direitos fundamentais nela inseridos, estes entendidos como direitos inerentes à própria condição humana, nesse sentido, Thiago Lima Breus:

[...] O que caracteriza efetivamente a Constituição do Estado Constitucional perante o Texto Maior de um Estado de Direito é a inclusão de valores e princípios no âmbito do texto constitucional, essencialmente no que se refere à dignidade da pessoa humana aos direitos fundamentais, assim como o estabelecimento de metas e diretrizes a que o Estado deve, em primeiro

³¹ PIOVESAN, Flavia. Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos. **Sur Revista Internacional de Direitos Humanos**: São Paulo, v. 1, n. 1, p. 20-47, 1º sem. 2004. p. 21

³² VICTORINO, Fabio Rodrigo. Evolução da teoria dos direitos fundamentais. **Revista CEJ**: Brasília, ano XI, n. 39, p. 10-21, out./dez. 2007. p. 12

³³ CARVALHO, Osvaldo Ferreira de; COSTA, Eliane Romeiro. **O princípio da proibição de retrocesso social no atual marco jurídico-constitucional brasileiro**. Direito Público, [s.l.], n. 34, p. 7-39, jul.-ago. 2010 p. 19-20

³⁴ SILVA, Christine Oliveira Peter da. **A jurisdição e a defesa da constituição no estado constitucional brasileiro**. 2009. Trabalho desenvolvido para a disciplina jurisdição constitucional brasileira. (Doutorado)-Programa de Doutorado em Direito e Estado da Universidade de Brasília, Brasília, 2009. p. 19

³⁵ CARVALHO, COSTA, op. cit., p. 10

³⁶ CARVALHO, COSTA op. cit., p. 20

plano, buscar, com o escopo de concretizar e de proteger os direitos e valores antes mencionados.³⁷

No Estado Constitucional as três instâncias do poder (Executivo, Legislativo e Judiciário) devem estar atentas aos mandamentos emanados do texto constitucional, notadamente pela busca da efetivação dos direitos fundamentais. Essa é uma postura que não pode ser abandonada no contexto da complicada e dinâmica realidade brasileira, realçando assim, a importância do paradigma do Estado Constitucional.³⁸

Segundo Marinoni, não há como negar a força normativa dos direitos fundamentais:

[...] Atualmente, esses princípios e os direitos fundamentais têm qualidade de normas jurídicas e, assim, estão muito longe de significar simples valores. Aliás, mesmo os princípios constitucionais não explícitos e os direitos fundamentais não expressos têm plena eficácia jurídica.³⁹

Os direitos fundamentais surgem então como corolário de todo o ordenamento, onde os operadores do direito devem buscar a fonte para as suas atividades, os direitos fundamentais não mais se apresentam apenas como direitos subjetivos, mas também como parâmetro objetivo do ordenamento jurídico-constitucional.⁴⁰

Poderíamos indagar, se essa primazia dos direitos fundamentais, não seria a volta daquele pensamento jusnaturalista trazido por Bobbio, entendido pela premissa de que o direito natural era baseado em um fundamento divino, decorrendo daí a concepção jusnaturalista de que o direito natural seria superior ao direito positivo.⁴¹

³⁷ BREUS, apud CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. **A concepção de direitos fundamentais como trunfos no estado constitucional**. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, XVIII, 2009, São Paulo. p. 5986

³⁸ SILVA, Christine Oliveira Peter da. **A jurisdição e a defesa da constituição no estado constitucional brasileiro**. 2009. Trabalho desenvolvido para a disciplina jurisdição constitucional brasileira. (Doutorado)-Programa de Doutorado em Direito e Estado da Universidade de Brasília, Brasília, 2009. p. 2

³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **A jurisdição no estado constitucional**. Disponível em <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/2174/A_Jurisdic%C3%A7%C3%A3o_no_Estado_Constitucional.pdf?sequence=1>. Acesso em 09 de nov. de 2011. p. 32

⁴⁰ SILVA, Christine Oliveira Peter da. **A jurisdição e a defesa da constituição no estado constitucional brasileiro**. 2009. Trabalho desenvolvido para a disciplina jurisdição constitucional brasileira. (Doutorado)-Programa de Doutorado em Direito e Estado da Universidade de Brasília, Brasília, 2009. p. 3

⁴¹ BOBBIO, apud SILVA, Lúcio Tadeu da. **O estado constitucional cogitado por Gustavo Zagrebelsky**. Disponível em <<http://www.tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/205-artigos-jun-2007/5453-o-estado-constitucional-cogitado-por-gustavo-zagrebelsky>>. Acesso em 09 de nov de 2011. p. 5

Contudo essa visão metafísica e anti-científica do direito natural, tido como estranho aos interesses estatais, por ser considerado absoluto, perfeito e imutável, elevando o homem ao estado de natureza divina, derivando assim, a sua posição de superioridade em relação ao direito positivado⁴², é uma visão que se encontra superada, segundo nos ensina Luís Roberto Barroso, que vai além, indicando os traços dessa outra visão paradigmática de Estado:

[...] A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana.⁴³

No paradigma do Estado Constitucional, os direitos fundamentais passam a ser entendidos, sob uma dupla dimensão, além de uma perspectiva subjetiva, devem ser vistos também sob uma ótica objetiva, incidindo no âmbito estatal como verdadeiras garantias objetivas do sistema jurídico-constitucional.⁴⁴

Sobre a dupla dimensão dos direitos fundamentais, cumpre destacar o ensinamento de Osvaldo Ferreira de Carvalho e Eliane Romeiro Costa:

[...] A dimensão subjetiva coloca em destaque a qualidade dos direitos fundamentais como direitos subjetivos do indivíduo dirigidos contra o Estado. A dimensão objetiva denota a ordem valorativa objetiva representada pelos direitos fundamentais e que se espraia como dimensão básica jurídico-constitucional por todo o sistema normativo.⁴⁵

Isso significa dizer que os direitos fundamentais implicam a sua observância por todos os órgãos políticos, como uma bússola a indicar o caminho que deve ser percorrido, já que os

⁴² VICTORINO, Fabio Rodrigo. Evolução da teoria dos direitos fundamentais. **Revista CEJ**: Brasília, ano XI, n. 39, p. 10-21, out./dez. 2007. p.12

⁴³ BARROSO, Luís Roberto. BARCELLOS, Ana Paula. **O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro**. Disponível em: <http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_histdirbras.pdf>. Acesso em: 13 de nov. de 2011p. 9

⁴⁴ SILVA, Christine Oliveira Peter da. **A jurisdição e a defesa da constituição no estado constitucional brasileiro**. 2009. Trabalho desenvolvido para a disciplina jurisdição constitucional brasileira. (Doutorado)-Programa de Doutorado em Direito e Estado da Universidade de Brasília, Brasília, 2009. p. 13

⁴⁵ CARVALHO, Osvaldo Ferreira de; COSTA, Eliane Romeiro. **O princípio da proibição de retrocesso social no atual marco jurídico-constitucional brasileiro**. Direito Público, [s.l.], n. 34, p. 7-39, jul.-ago. 2010. p. 21

valores previstos pelos direitos fundamentais refletem em todo o ordenamento, norteados as ações de todas as instâncias do poder.⁴⁶

Segundo Osvaldo Ferreira de Carvalho, os direitos fundamentais devem ser observados por toda e qualquer ideologia política que ascende ao poder, não estando mais no âmbito das livres escolhas do poder público, constituem então um dever que se impõe aos órgãos de direção política.⁴⁷

Ante essa perspectiva objetiva, os direitos fundamentais não podem mais ser pensados apenas como direitos de defesa do cidadão frente ao poder Estatal, sendo igualmente importantes os direitos a prestações estatais, decorrentes das novas funções do Estado diante da sociedade.⁴⁸

1.4 Efeito Dirigente Dos Direitos Fundamentais no Estado Constitucional

Sob a perspectiva objetiva, os direitos fundamentais apresentam uma expressão valorativa emanada pela Constituição que surte efeitos em toda a ordem jurídica, traçando as linhas de atuação dos órgãos legislativo, executivo e judiciário⁴⁹, desta forma a perspectiva objetiva desencadeia o chamado efeito dirigente dos direitos fundamentais, segundo o qual ao Estado não cabe somente o dever de observar e proteger os direitos fundamentais, mas também o dever de buscar os meios de concretizar esses direitos tidos como fundamentais.

[...] Um desdobramento importante da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais é destacado por Hesse e diz respeito à eficácia dirigente que tais direitos desencadeiam em relação aos órgãos estatais, incumbindo-lhes da permanente função de concretização e realização de seu conteúdo essencial.⁵⁰

⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **A jurisdição no estado constitucional**. Disponível em <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/2174/A_Jurisdi%C3%A7%C3%A3o_no_Estado_Constitucional.pdf?sequence=1>. Acesso em 09 de nov. de 2011. p. 55

⁴⁷ CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. **A concepção de direitos fundamentais como trunfos no estado constitucional**. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, XVIII, 2009, São Paulo. p. 5986

⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **A jurisdição no estado constitucional**. Disponível em http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/2174/A_Jurisdi%C3%A7%C3%A3o_no_Estado_Constitucional.pdf?sequence=1. Acesso em 09 de nov. de 2011. p. 56

⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003. p. 147

⁵⁰ SILVA, Christine Oliveira Peter da. **A jurisdição e a defesa da constituição no estado constitucional brasileiro**. 2009. Trabalho desenvolvido para a disciplina jurisdição constitucional brasileira. (Doutorado)-Programa de Doutorado em Direito e Estado da Universidade de Brasília, Brasília, 2009. p. 14

José Joaquim Gomes Canotilho explica que, a eficácia dirigente dos direitos fundamentais, inflige ao Estado uma postura proativa, garantida a faculdade de, perante o Estado, reivindicar a concretização desses direitos:

[...] A força dirigente e determinante dos direitos fundamentais a prestações (econômicos, sociais, e culturais) inverte, desde logo, o objeto clássico da pretensão jurídica fundada num direito subjetivo: de uma pretensão de omissão dos poderes públicos (direito a exigir que o Estado se abstenha de interferir nos direitos, liberdades e garantias) transita-se para uma proibição de omissão (direito a exigir que o Estado intervenha ativamente no sentido de assegurar prestações aos cidadãos).⁵¹

Ingo Sarlet demonstra que este efeito dirigente está presente em nossa constituição, especialmente no art. 5º, § 1º,⁵² que determina a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais:

[...] há que dar razão aos que ressaltam o caráter dirigente e vinculante desta norma, no sentido de que esta, além do objetivo de “assegurar a força vinculante dos direitos e garantias de cunho fundamental, ou seja, objetiva tornar tais direitos prerrogativas diretamente aplicáveis pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, (...) investe os poderes públicos na atribuição constitucional de promover as condições para que os direitos e garantias fundamentais sejam reais e efetivos”.⁵³

Assim, diante da eficácia dirigente, desencadeada pela perspectiva objetiva, pode se dizer que os direitos fundamentais impõem ao poder público o dever de realizar e dar concretude a esses direitos, esse dever é contínuo, não pode ser deixado de lado. No entanto, segundo Ingo Sarlet, não se pode confundir essa característica de efetivação, intrínseca a todos os direitos fundamentais, com aquelas normas constitucionais específicas de caráter impositivo, voltadas especialmente ao poder legislativo, para que concretize determinadas tarefas, fins e/ou programas constitucionais.⁵⁴

Essas normas com características de fins, tarefas ou programas constitucionais, são intrínsecas as Constituições de caráter dirigente, que será passível de exame no próximo capítulo.

⁵¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: Contributo para a compreensão das normas programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 365

⁵² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 2011. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 13 de nov. de 2011.

⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003. p. 256

⁵⁴ SARLET, op. cit., p. 151

2. CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE

2.1 Revisitação da Tese do Dirigismo Constitucional

Cumpra inicialmente, aclarar a ideia que o próprio Canotilho, pai da tese do dirigismo constitucional, haveria decretado a morte da constituição dirigente.⁵⁵ Em tom jocoso, Canotilho chega a dizer que a revisitação de sua tese provocou um verdadeiro “haraquiri” científico em alguns núcleos doutrinários notadamente em terras brasileiras. Entretanto o próprio Canotilho deixa claro apenas o seu aparente desencanto com o dirigismo constitucional.⁵⁶

Refletindo, depois de passados tantos anos e tantas mudanças ocorridas em todo o mundo desde a edição de sua tese, Canotilho chega à conclusão que o termo Constituição Dirigente seria um tanto quanto equivocado. Primeiramente porque o dirigismo constitucional passou a ser visto como uma “narratividade emancipatória”, tendente a indicar promessas de novas sociedades, transição para outras sociedades mais justas etc., perdendo o seu caráter de lei.⁵⁷

Em segundo lugar, se presumia uma nítida autossuficiência normativa da Constituição Dirigente, levando a crer que seus comandos constitucionais se tornariam imperativos categóricos pura e simplesmente pelo fato de estarem positivados no texto constitucional e segundo Canotilho esse é o grande problema da Constituição dirigente:

[...] O problema central da Constituição dirigente consistia (e consiste) em saber se, através de “programas, tarefas e directivas constitucionais, se conseguiria uma imediatividade actuativa e concretizável das normas e princípios constitucionais de forma a acabar com os queixumes constitucionais da “constituição não cumprida” ou da “não concretização da constituição”.⁵⁸

⁵⁵ SILVA, João Fernando Vieira da. **O resgate da ideia de constituição dirigente no constitucionalismo pátrio**. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 13 de nov. de 2011

⁵⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **“Brançosos” e interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 34-35

⁵⁷ CANOTILHO, op. cit., p. 31

⁵⁸ CANOTILHO, op. cit., p. 31-32

Em terceiro lugar ela procurava fornecer o apoio jurídico-dogmático que fundamentaria uma vinculação do legislador a uma materialidade constitucional, diferente mente da doutrina da época presa ao dogma da liberdade de conformação do legislador. Mas na verdade, essa doutrina explicava mal a questão de um legislador desvinculado dos fins, já que havia alguns preceitos constitucionais, que se mostraram suficientes a coibir excessos por parte do legislador.⁵⁹

O inchaço e a extensão dos textos constitucionais dirigentes que visavam traçar os rumos da sociedade elevaram o Estado a “homem de direção” exclusiva da sociedade, e o Estado acabava se relacionando com ditaduras partidárias e coerções morais e psicológicas. O direito passou a ser tido, como instrumento funcional diretivo da sociedade, sem levar em conta que existem outras formas de direção política, e sem perceber as grandes diferenças de uma estatalidade pluralística.⁶⁰

A constituição era tida como instrumento de transformação do mundo, mas sem perceber o fato de que ela acabou se tornando uma ilha que não observava o mundo que estava ao seu redor. Designadamente, sem observar o contexto de internacionalização e transnacionalização que caminhavam para uma conjuntura de interdependência e cooperação entre os países, conjuntura esta que acabou expondo mais uma fragilidade da constituição dirigente, a qual Canotilho chamou de “autismo nacionalista e patriótico”.⁶¹

As normas da constituição dirigente com características de normas-fins, normas-tarefas, etc., remetiam a ideia de tarefas estatais, relegando a constituição dirigente, para alguns intérpretes, a mero instrumento de estatização do mundo e da vida. No entanto um Estado que não possui um rol constitucional de tarefas concretas, reconhecendo apenas uma competência em branco, deixando a cargo da política as diretivas gerais, seria considerado um Estado materialmente deslegitimado.⁶²

O inchaço de imposições constitucionais normativas acaba por refletir uma “ética de convicção”, ao invés de uma “ética de responsabilidade prática”, demonstrando uma beleza nas palavras, mais que em muitos casos não passa de letra morta. Critica-se então a constituição por dizer muito e fazer pouco. Nessa esteira, deve haver uma certa sobriedade

⁵⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **“Brancos” e interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 32

⁶⁰ CANOTILHO, op. cit., p. 106-107

⁶¹ CANOTILHO, op. cit., p. 108-109

⁶² CANOTILHO, op. cit., p. 113-115

com relação as imposições incluídas no texto constitucional, além de ser necessário assegurar o cumprimento de ações que busquem o cumprimento dos ditames constitucionais.⁶³

Depreende-se das lições de José Joaquim Gomes Canotilho, que as falhas apontadas relativamente à tese da constituição dirigente, não obstam a razoabilidade racional de seu discurso⁶⁴. Traçando as linhas de um constitucionalismo moralmente reflexivo, Canotilho traz à tona as suas bases, demonstrando que, uma constituição ainda deve trazer em seu texto as exigências mínimas, no que concerne a direitos e liberdades referentes às cidadanias intocáveis pelo legislador.⁶⁵

Uma constituição deve também fixar os alicerces para uma teoria da justiça, levando em conta que nem todas as promessas constitucionais foram cumpridas em todos os países, o que acaba por reforçar as disparidades sociais, deixando cada vez mais à margem da sociedade, aqueles que nesta situação se encontram.⁶⁶

Devido à globalização e a transnacionalização ocorrida nas últimas décadas, que acabou por expandir os territórios nacionais, Canotilho invoca como instrumento de mudança, o que ele chamou de “contratos globais”:

[...] contrato para as “necessidades globais” – remover as desigualdades -, o contrato cultural – tolerância e diálogo de culturas -, contrato democrático – democracia como governo global -, e contrato do planeta terra – desenvolvimento sustentado. Se assim for, a constituição dirigente fica ou ficará menos espessa, menos regulativamente autoritária e menos estatizante, mas a mensagem subsistirá, agora enriquecida pela constitucionalização da responsabilidade, isto é, pela garantia das condições sob as quais podem coexistir as diversas perspectivas de valor, conhecimento e ação.⁶⁷

Diante de todo o exposto, percebe-se que na verdade, Canotilho mudou os rumos de sua tese da constituição dirigente, carregada de ideologia tendente a instituir revoluções sociais, reconduzindo-a a um novo constitucionalismo, no qual a Constituição tem menos carga ideológica e se reduz à reguladora das relações sociais.⁶⁸

⁶³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **“Brançosos” e interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 119-120

⁶⁴ CANOTILHO, op. cit., p. 111

⁶⁵ CANOTILHO, op. cit., p. 126

⁶⁶ CANOTILHO, op. cit., p. 127

⁶⁷ CANOTILHO, op. cit., p. 128-129

⁶⁸ SILVA, João Fernando Vieira da. **O resgate da ideia de constituição dirigente no constitucionalismo pátrio**. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 13 de nov. de 2011

Esse tipo de texto constitucional de caráter programático, tendente a instituir revoluções sociais emancipatórias, ganhou força no final dos anos 70 e 80 do século XX, favorecido pelo declínio dos regimes ditatoriais. No entanto diferentemente de Portugal, a Carta Constitucional brasileira, não veio impregnada com esse caráter revolucionário limitando-se a estabelecer as bases normativas para a realização de reformas sociais.⁶⁹

Neste mesmo período o mundo assiste ao declínio dos regimes socialista, os quais detinham uma programaticidade constitucional ainda maior, com isso as promessas de felicidade emancipatórias, previstas nos textos programáticos não se conciliavam com a realidade, levando o autor da tese da constituição dirigente a rever as suas concepções anteriores.⁷⁰

Portanto, o que se deve indagar é se a constituição dirigente poderia sobreviver sem o seu caráter revolucionário, e Canotilho assim responde:

[...] o dirigismo constitucional ainda sobrevive no que concerne à fixação de limites ao legislador, ou melhor, para o estabelecimento de um programa constitucional, de fins aos quais o legislador permanece adstrito no exercício de sua atividade, relativizando-se a sua liberdade de conformação.⁷¹

Ademais em países como o Brasil em que os níveis de desigualdade social se mostram extremamente acentuados, o dirigismo constitucional não pode ser abandonado. As democracias de países periféricos não ganharam desenvoltura e maturidade necessárias para abandonar a tese de uma Constituição dirigente.⁷²

Neste sentido Lenio Luiz Streck afirma que:

[...] a noção de Constituição dirigente e compromissária não pode ser relegada a um plano secundário, mormente em um país como o Brasil, onde, repito- as promessas de modernidade, explicitadas generosamente no texto constitucional de 1988, longe estão de ser efetivadas. Para tanto, há que se enfrentar/superar alguns dos problemas e/ou obstáculos que fizeram com que a expressiva parcela dos dispositivos da CF/88 não obtivessem, até hoje, efetivação.⁷³

⁶⁹ DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007 p. 58 -67

⁷⁰ DERBLI, op. cit., p. 58

⁷¹ CANOTILHO apud, DERBLI op. cit., p. 69

⁷² SILVA, João Fernando Vieira da. **O resgate da ideia de constituição dirigente no constitucionalismo pátrio**. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 13 de nov. de 2011.

⁷³ STRECK, Apud SILVA, João Fernando Vieira da. **O resgate da ideia de constituição dirigente no constitucionalismo pátrio**. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 13 de nov. de 2011.

O Brasil é um país de modernidade tardia, que não pode abdicar da concretude dos ditames constitucionais. Sendo assim, o próprio Direito Constitucional deve assumir uma postura atuante, realçando a sua importância na busca pela efetivação das reformas sociais,⁷⁴ além disso, outros esquemas de auto regulação não seriam mais eficientes do que a Constituição para ordenar a transformação da sociedade.⁷⁵

Uma Constituição deve estabelecer as normas gerais, que definirão os programas e as diretrizes a serem seguidas pelo Estado, como verdadeiras tarefas estatais, e não se prestar a ser um mero instrumento de governo,⁷⁶ até mesmo porque o Estado é o agente mais importante do desenvolvimento social.⁷⁷

A constituição dirigente deve então, formular os fins sociais globais mais significativos; fixar determinados limites às tarefas da comunidade; e ordenar os princípios fundamentais das determinações processuais para o processo de vida política.⁷⁸

O dirigismo constitucional pretende estabelecer uma unidade substancial da Constituição; o seu valor normativo e, principalmente, o caráter vinculante desse conjunto normativo.⁷⁹ Segundo Felipe Derbli essa vinculação possui um caráter negativo e positivo:

[...] o bloco constitucional dirigente cuida, na verdade, de vincular o legislador negativa e positivamente, na medida em que, quanto ao primeiro aspecto, lhe veda a edição de normas que lhe contrariem o conteúdo material e, quanto ao segundo, estabelece um dever jurídico de criar as leis necessárias à concretização do comando constitucional.⁸⁰

A vinculação legislativa, no entanto, não é absoluta, o poder público, sobretudo o legislador, tem certa margem discricionária em sua atividade política, não podendo ser considerado um mero executor das ordens constitucionais. Mesmo estando vinculado

⁷⁴ SILVA, João Fernando Vieira da. **O resgate da ideia de constituição dirigente no constitucionalismo pátrio**. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 13 de nov. de 2011.

⁷⁵ DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 71

⁷⁶ MONTEZ, Marcus Vinicius Lopes. **A constituição dirigente realmente morreu?**. Disponível em: <http://www.viajuridica.com.br/doutrina.asp>. Acesso em: 13 de nov. de 2011 p. 2 MONTEZ, op. cit., p. 4

⁷⁷ DERBLI, op. cit., p. 70

⁷⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: Contributo para a compreensão das normas programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 102

⁷⁹ MONTEZ, Marcus Vinicius Lopes. **A constituição dirigente realmente morreu?**. Disponível em: <http://www.viajuridica.com.br/doutrina.asp>. Acesso em: 13 de nov. de 2011 p. 2 MONTEZ, op. cit., p. 4

⁸⁰ DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007 p. 48

juridicamente, o legislador possui uma vasta área em seu campo de ação para regulamentar os fins político-sociais expresso no texto constitucional.⁸¹

A intervenção estatal é justificada à medida que vem assegurar uma igualdade material, com igualdade de oportunidades que vão garantir o desenvolvimento do indivíduo por meio de ações sociais, culturais e econômicas,⁸² e é justamente por possuir normas e tarefas que buscam alcançar a justiça social, que a constituição dirigente tem uma maior legitimidade que a constituição que se limita a garantir a liberdade individual ou se resume a mero instrumento de governo.⁸³

Para Lênio Luiz Streck, o direito ainda é um meio eficaz de se buscar a concretização de políticas públicas negligenciadas. E nesse esteio, a Constituição Dirigente e a consequente vinculação do legislador as normas materiais fixadas em seu bojo, tem o seu valor.⁸⁴

Sabe-se que o direito por si próprio não modifica a realidade, quem o faz são os homens, mas para tanto, necessitam dos instrumentos, e para este desiderato o direito e a constituição se mostram extremamente importantes.⁸⁵

Entretanto, segundo Canotilho, por ser a realidade fruto das interações humanas, a constituição dirigente pode acabar perdendo as suas forças:

[...] As fraquezas da constituição dirigente (e do direito constitucional) aparecem neste contexto: a directividade normativo-material da lei fundamental pode não ser atualizada ou pode ser mesmo contrariada pelo órgão (ou órgãos) de direção política que invocam a seu favor a legitimidade renovada do apoio popular.⁸⁶

Também segundo Canotilho, o império legalista típico do então Estado Liberal não se coaduna com a tese da constituição dirigente, segundo o autor: os problemas da constituição

⁸¹ DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p 48-49

⁸² MONTEZ, Marcus Vinicius Lopes. **A constituição dirigente realmente morreu?**. Disponível em: <http://www.viajuridica.com.br/doutrina.asp>. Acesso em: 13 de nov. de 2011. p. 5

⁸³ DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007 p. 47

⁸⁴ STRECK, Lênio Luiz. **Constituição ou barbárie?**. a lei como possibilidade emancipatória a partir do Estado Democrático de Direito. Disponível em http://www.ihj.org.br/poa/professores/Professores_02.pdf. Acesso em 14 abr. 2012

⁸⁵ MONTEZ, op. cit., p. 9

⁸⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: Contributo para a compreensão das normas programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 27

dirigente não podem ser equacionados se os arquétipos paradigmáticos continuarem a ser os do Estado Liberal e os da compreensão imperativista do direito.⁸⁷

O caráter programático da constituição dirigente visa à vinculação das demais instâncias do poder político, ao projeto duradouro a que ela se propõe. A programaticidade, característica própria da constituição dirigente, quando compromissaria e democraticamente instituída, torna-se um projeto de justiça e de direção justa, realmente palpável.⁸⁸

2.2 Normas Programáticas

Indaga-se, como é possível, uma constituição estabelecer os fins econômicos e sociais, através de normas-tarefas, que ampliam em sobremaneira o âmbito das obrigações estatais.⁸⁹

Deve se ter em mente que todas as constituições implícita ou explicitamente pretendem a conformação global do poder político,⁹⁰ nascida para prestar um relevante papel democratizante à sociedade, representando a sociedade como um todo, social, econômico e político, caracteriza-se como a principal ordenação instituidora de ações diretivas estatais.⁹¹

A constituição ao pretender transformar-se em projeto global normativo (do Estado e da Sociedade) deve admitir que existem contradições na realidade, mas essa atitude consciente de procurar conformar as contradições não exclui uma vontade real de implementar a justiça, com a sua proposta normativa carregada de verdade.⁹²

A constituição deve buscar conformar os vários aspectos de nossa realidade que é multifacetada por natureza. Dado o caráter democrático da constituição, ela deve proclamar o compromisso com esta plurilateralidade que é intrínseca à realidade.⁹³

Percebe-se que a constituição, democraticamente aprovada pela pluralidade da qual a sociedade é formada, demonstra os anseios dessa sociedade em um determinado momento histórico, garantindo a futura vinculação do poder político, aos ditames constitucionais, ali

⁸⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: Contributo para a compreensão das normas programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 65

⁸⁸ CANOTILHO, op. cit., p. 22

⁸⁹ CANOTILHO, op. cit., p. 166

⁹⁰ CANOTILHO, op. cit., p. 28

⁹¹ CANOTILHO, op. cit., p. 102

⁹² CANOTILHO, op. cit., p. 142

⁹³ CANOTILHO, op. cit., p. 143

aprovados. O fundamento de legitimidade, exigido pelo poder político para a constituição, é a organização e a sujeição aprovada pela própria sociedade em um dado momento histórico.⁹⁴

A constituição dirigente é desta forma um plano racional que visa a dar operatividade prática à dimensão de tarefa da constituição.⁹⁵ Segundo Canotilho faz-se necessário:

[...] que seja indiscutido o requisito da conformidade constitucional dos fins do plano quer no que respeita à definição dos seus fins e objetivos (subordinação do plano às normas-fim e normas-tarefas dirigentes estabelecidas na lei fundamental) quer no que se relaciona com a observância e concretização dos direitos fundamentais (conformidade do plano com os direitos fundamentais).⁹⁶

Portanto a atividade política governamental não poder ser dissociada do conteúdo do plano de normas e diretrizes contidos na constituição.⁹⁷ A lei fundamental é encarada hoje em dia pelo direito constitucional como um conjunto de valores normativos que vincula a todos tanto aos particulares quanto aos entes públicos, notadamente ao legislador, para quem ela é voltada principalmente.⁹⁸

A constituição carrega mandamentos constitucionais que denotam uma verdadeira imposição ao poder público, infligem ao Estado, designadamente ao legislador, uma obrigação de atuar positivamente,⁹⁹ reivindicando uma interposição do poder legislativo para que possam a gerar a totalidade de seus efeitos.¹⁰⁰

Nesses mandamentos constitucionais onde estão inseridas as chamadas normas programáticas, percebe-se uma ordem, às vezes expressa, às vezes implícitas, mas de qualquer modo presentes no texto constitucional. Essas ordens voltadas em especial ao legislador visam à efetividade dos grandes objetivos propostos pela Carta Magna.¹⁰¹ Mas não somente ao legislador, já que estas normas impositivas vinculam todos os órgãos de direção política, que têm a função de executar os fins impostos pela Constituição. Essas normas são

⁹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: Contributo para a compreensão das normas programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 168-169

⁹⁵ CANOTILHO, op. cit., p. 170

⁹⁶ CANOTILHO, op. cit., p. 171

⁹⁷ CANOTILHO, op. cit., p. 171

⁹⁸ COELHO, Inocêncio Mártires. O novo constitucionalismo e a interpretação constitucional. **Direito Público** Brasília, v. 1, n. 12 p. 48-73, abr. – mai. – jun. de 2006. p. 53

⁹⁹ CANOTILHO, op. cit., p. 297

¹⁰⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003. p. 280

¹⁰¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: Contributo para a compreensão das normas programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 315

verdadeiros catálogos de tarefas constitucionais que devem ser observadas por todos os agentes políticos.¹⁰²

São normas necessárias à conformação jurídica de situações de fato; à regulamentação de questões específicas; à criação de pressupostos necessários para nova evolução do regime constitucional; à adaptação das leis antigas aos novos princípios da lei fundamental.¹⁰³

Não há desta forma, como negar a existência das normas programáticas em nosso ordenamento constitucional, normas estas que reclamam uma função concretizadora das instâncias do poder público em especial do legislativo. Para Ingo Sarlet:

[...] Ainda que se queira negar – e não sem certa razão – a utilização da expressão “normas programáticas”, isto em nada altera o fato da existência, também na nossa Constituição vigente – em escala sem precedentes no constitucionalismo pretérito –, de normas que, em virtude de sua natureza (forma de positivação, função e finalidade), reclamam uma atuação concretizadora dos órgãos estatais, especialmente do legislador, sem que, à evidência, se esteja a negar eficácia e aplicabilidade (inclusive imediata) a estas normas.¹⁰⁴

Cumprir destacar, que essas normas programáticas, possuem a chamada dupla eficácia, no sentido de que, direcionam o legislador em sua atuação legiferante e impõe uma proibição de retroceder naquilo que já foi concretizado, a fim de não atuar na contramão da programaticidade constitucional.¹⁰⁵

Rebate-se a programaticidade constitucional por atrelar o legislador a uma ordem futura que muitas vezes corresponde a utopias ideológicas impregnadas pelo momento histórico da concepção da constituição ou até mesmo porque estas imposições constitucionais acarretariam uma verdadeira tirania dos valores.¹⁰⁶ Além do que, o legislador é um agente de direção política que necessita de certa amplitude discricionária em sua atuação.¹⁰⁷

¹⁰² DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007 p. 50

¹⁰³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: Contributo para a compreensão das normas programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 297-298

¹⁰⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003. p. 253

¹⁰⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano. **Revista TST**. Brasília, n. 3, p. 116-149, jul./set. 2009 p. 122

¹⁰⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: Contributo para a compreensão das normas programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 21

¹⁰⁷ CANOTILHO, op. cit., p. 174

No entanto, Canotilho alerta que a liberdade que se vislumbra no plano administrativo não é o correspondente entre o legislador e a constituição:

[...] a vinculação constitucional da atividade legiferante dificilmente se pode conceber em termos semelhantes aos da vinculação do ato administrativo em relação à lei. A liberdade de conformação do legislador não é o correlato, a nível legislativo, do poder discricionário, a nível administrativo.¹⁰⁸

Assim, a liberdade de conformação na atividade legislativa, não deve ser entendida como algo absoluto, pois está vinculada à norma maior, vinculam-se, os agentes legislativos, as imposições previstas pela norma hierarquicamente superior, ou seja, a Constituição. Constituindo-se dessa forma, a atividade legislativa, em um dever jurídico e não em mera concessão, ou um favor que o legislador presta a sociedade, que poderia ser entendido como um ato abnegado de “bondade legislativa”.¹⁰⁹

Segundo lição de José Joaquim Gomes Canotilho, já não cabe mais a ideia de normas constitucionais como meros programas de governo, como simples modelos políticos sem nenhuma vinculação por parte do poder público:

[...] Não obstante se apontar ainda hoje um momento utópico a certas imposições constitucionais, estamos já longe dos simples programas, proclamações, exortações morais, declamações, sentenças políticas, aforismos políticos, promessas, determinações programáticas, programas futuros, juridicamente desprovidos de qualquer vinculatividade.¹¹⁰

Na mesma linha, cumpre destacar o entendimento de Ingo Sarlet:

[...] Importa ressaltar, ainda, que, ao utilizarmos a expressão genérica escolhida (normas de cunho programático), o fazemos convictos de que também estas normas são, portanto, dotadas de eficácia e não podem ser consideradas meras proclamações de cunho ideológico ou político, pois, se assim fosse, efetivamente haveríamos de compartilhar o ponto de vista dos que sustentam a inexistência de normas programáticas.¹¹¹

¹⁰⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: Contributo para a compreensão das normas programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 174

¹⁰⁹ CANOTILHO, op. cit., p. 298

¹¹⁰ CANOTILHO, op. cit., p. 298-299

¹¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003. p. 281

Dada à inserção destas normas no texto da Constituição, pode-se dizer que a concretização das normas constitucionais é uma consequência da positividade jurídico-constitucional destas imposições, acarretando a superação das teorias das normas programáticas sem significado jurídico.¹¹²

Ademais todas as normas constitucionais são dotadas de eficácia, e mesmo as normas que fixam programas ou tarefas para o Estado possuem esse caráter de autênticas normas jurídicas no sentido de que sem qualquer ato concretizador se encontram aptas a desencadear efeitos jurídicos.¹¹³

2.3 Aplicabilidade dos Direitos Sociais

Os direitos sociais surgem a fim de se buscar uma proteção para os excluídos consubstanciada na igualdade, engolida pela voracidade do regime capitalista que é desigual por natureza, desigualdade esta que acabou por suprimir as liberdades asseguradas pelos direitos de primeira dimensão.¹¹⁴

Segundo Joaquim Herrera Flores, hoje em dia não se pode mais distinguir os direitos fundamentais em duas classes, porque eles são intrínsecos um ao outro, uma vez que, sem as condições necessárias que viabilizem a igualdade, as liberdades também ficam comprometidas, nesse sentido:

[...] a liberdade e a igualdade são as duas faces da mesma moeda; uma sem a outra nada significa e, além disso, declara que, “sem condições que as coloquem em prática (políticas de igualdade que se concretizam nos direitos sociais, econômicos e culturais), as liberdades individuais (quer dizer, os direitos civis e políticos) e os direitos sociais não terão espaço em nosso mundo”.¹¹⁵

¹¹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: Contributo para a compreensão das normas programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 301

¹¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003. p. 281

¹¹⁴ CARVALHO, Osvaldo Ferreira de; COSTA, Eliane Romeiro. **O princípio da proibição de retrocesso social no atual marco jurídico-constitucional brasileiro**. Direito Público, [s.l.], n. 34, p. 7-39, jul.-ago. 2010 p. 10

¹¹⁵ FLORES, apud CARVALHO, Osvaldo Ferreira de; COSTA, Eliane Romeiro. **O princípio da proibição de retrocesso social no atual marco jurídico-constitucional brasileiro**. Direito Público, [s.l.], n. 34, p. 7-39, jul.-ago. 2010 p. 24

Os direitos sociais são direitos fundamentais, que diferentemente dos direitos de defesa, denotam a necessidade de o Estado oferecer prestações como assistência social, saúde, educação, trabalho, dentre outros, necessárias a livre fruição desses direitos,¹¹⁶ buscando-se o equilíbrio social, o bem comum, o direito à satisfação das necessidades vitais do indivíduo como membro da coletividade.¹¹⁷

No documentário, Notícias de uma Guerra Particular do diretor João Moreira Salles, o então capitão do Batalhão de Operações Especiais – BOPE, da Polícia Militar do Rio de Janeiro, Rodrigo Pimentel, proferiu a seguinte frase: “*o único segmento do poder do Estado que vai ao morro é a polícia, só a polícia não resolve*”.¹¹⁸

Nos dizeres de Ingo Sarlet os direitos a prestação garantem as liberdades por meio do Estado:

[...] os direitos fundamentais a prestações objetivam, em última análise, a garantia não apenas da liberdade-autonomia (liberdade perante o Estado), mas também da liberdade por intermédio do Estado, partindo da premissa de que o indivíduo, no que concerne à conquista e manutenção de sua liberdade, depende em muito de uma postura ativa dos poderes públicos.¹¹⁹

A grande maioria das imposições constitucionais refere-se à efetivação dos direitos sociais o que leva a crer que o problema da atualização constitucional é hoje, em grande medida, um problema da concretização dos direitos a prestações.¹²⁰ Para Ingo Sarlet, esse problema se dá em função desses direitos necessitarem de uma postura positiva por parte do legislador ordinário:

[...] É precisamente em função do objeto precípuo destes direitos e da forma mediante a qual costumam ser positivados (normalmente como normas definidoras de fins e tarefas do Estado ou imposições legiferantes de maior

¹¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003. p. 52

¹¹⁷ CARVALHO, Osvaldo Ferreira de; COSTA, Eliane Romeiro. **O princípio da proibição de retrocesso social no atual marco jurídico-constitucional brasileiro**. Direito Público, [s.l.], n. 34, p. 7-39, jul.-ago. 2010 p. 11

¹¹⁸ NOTÍCIAS de uma guerra particular. Produção de Raquel Zangrande. Brasil: Vídeo filmes, 1999. DVD.

O governo do Rio de Janeiro vem realizando uma política de segurança pública consubstanciada na implantação das unidades de polícia pacificadora, conhecidas como UPP's, com a finalidade de retomada pelo Estado de áreas antes dominadas pelo crime organizado, mas o Estado não pode ser fazer presente nessas comunidades apenas com as forças de segurança. Todavia para haver uma melhora significativa nos níveis de violência, o Estado deve também estar presente por meio da educação, saúde, moradia, lazer etc.

¹¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003. p. 195

¹²⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: Contributo para a compreensão das normas programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 364

ou menor concretude) que se travam as mais acirradas controvérsias envolvendo o problema de sua aplicabilidade, eficácia e efetividade.¹²¹

Aqueles direitos sociais que precisam que uma prestação seja criada para começar a surtir os seus efeitos, necessitam que sejam colocadas em prática às condições necessárias à sua efetividade, ao contrário, os direitos de defesa buscam proteger aquelas situações já existentes as quais já produzem os seus efeitos.¹²²

No entanto, mesmo por dependerem de uma atuação do legislador, para que possam vir a ser implementados, esses direitos sociais prestacionais possuem, sim, a chamada jusfundamentalidade inerente a todos os direitos fundamentais, isto porque os direitos fundamentais expressam os valores mais relevantes de uma sociedade, e por isso devem possuir a máxima eficácia possível.¹²³

A força normativa da constituição se dá por considerá-la como reserva de legitimidade e fonte do direito em sentido pleno, isto é, como sede de direitos e garantias fundamentais imediatamente aplicáveis, conforme o disposto no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal,¹²⁴ ora é a própria literalidade do texto que leva ao entendimento de que todos os direitos fundamentais, sem exceção, possuem aplicabilidade imediata.¹²⁵

Portanto, as normas de direitos fundamentais possuem aplicação imediata, conforme preceitua a constituição. A nossa Constituição além de ter consagrado uma grande variedade de direitos fundamentais sociais, considerou todos os direitos fundamentais como normas de aplicabilidade imediata.¹²⁶ Tanto os direitos, liberdades e garantias e os direitos econômicos sociais e culturais são direitos fundamentais.¹²⁷

¹²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003. p. 269

¹²² SARLET, op. cit., p. 272

¹²³ DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 118

¹²⁴ COELHO, Inocêncio Mártires. O novo constitucionalismo e a interpretação constitucional. **Direito Público**. Brasília, v. 1, n. 12 p. 48-73, abr. – mai. – jun. de 2006. p. 53

¹²⁵ DERBLI, op. cit., p. 117

¹²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003. p. 255

¹²⁷ QUEIROZ, Cristina. **Direitos Fundamentais Sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 7

É cristalina a nitidez, de que os direitos sociais, mesmo os que necessitam de prestações, são também direitos fundamentais e, portanto direitos imediatamente aplicáveis, conforme preceitua a Constituição.¹²⁸ Entretanto há que se ressaltar, que nem todas as normas de direitos fundamentais poderão ser diretamente aplicáveis e aptas a produzir todos os efeitos sem que haja uma interposição legislativa. Existem outros fatores que devem ser levados em conta, como a questão da reserva orçamentária, dos casos de colisão entre direitos fundamentais e a controversa questão da legitimação do judiciário para ordenar a implantação de políticas públicas. O que se impõe ao poder público e também aos particulares, é que em cada caso concreto, procurar conferir o maior grau de eficácia possível aos direitos fundamentais.¹²⁹

O gozo das liberdades passa pela efetividade das prestações que alguns direitos sociais necessitam para gerar plenos efeitos. Essas prestações não podem ficar pendentes por causa da inércia tanto do poder Legislativo quanto do Executivo, necessitando de uma postura mais atuante dos agentes públicos.¹³⁰ São, portanto, direitos que constituem obrigações de prestação positivas cuja satisfação não consiste numa “omissão”, um non facere, mas numa “ação”, um facere.¹³¹

Os direitos sociais denotam uma postura vinculante do legislador, quase uma obrigação política de concretizar as prestações sociais, uma “política dos direitos fundamentais sociais”, inclui necessariamente uma linguagem de “dever”.¹³²

Conforme nos ensina Cristina Queiroz é principalmente ao legislador, que as normas constitucionais definidora de direitos sociais são destinadas:

[...] é ao legislador que compete estabelecer o âmbito e conteúdo concreto dos direitos fundamentais sociais, bem como a individualização quer dos “destinatários” das prestações ou das posições jusfundamentais garantidas quer os diferentes “níveis” e “modalidades” de satisfação dos interesses contrapostos.¹³³

¹²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003. p. 270

¹²⁹ DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 200. p. 118-119

¹³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003. p. 273-274

¹³¹ QUEIROZ, Cristina. **Direitos Fundamentais Sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 6

¹³² QUEIROZ, op. cit., p. 82-83

¹³³ QUEIROZ, op. cit., p. 87

Assim, mesmo tendo um determinado campo de discricionariedade legislativa, o legislador não pode se desvincular dos ditames constitucionais, a ponto de legislar contrariamente a Lei Fundamental, diluindo aquilo que foi estabelecido pela Carta Constitucional.¹³⁴

Pode se dizer então, que os direitos sociais por serem emanados do texto constitucional se constituem em verdadeiras diretrizes ao poder legislativo, não se apresentam como “concessões” do legislador, mas constituem “deveres positivos”, “deveres de proteção” e “deveres de ação”, que decorrem de imperativos constitucionais.¹³⁵

Constitui uma verdadeira obrigação do legislador, a procura pelos meios necessários, a fim de se melhorar paulatinamente, os níveis de concretude dos direitos sociais, atentando para condições fáticas e jurídicas, incluídas as orçamentárias.¹³⁶

É de suma importância que o legislador observe esses mandamentos, no que concerne aos direitos sociais, porque é através deles que se viabiliza a inclusão social de indivíduos que se encontram à margem da sociedade, segundo Canotilho:

[...] Os direitos sociais e os princípios socialmente conformadores significam, no atual contexto, a legitimação de medidas públicas destinadas a garantir a inclusão do indivíduo nos esquemas prestacionais dos sistemas sociais funcionalmente diferenciados.¹³⁷

O Estado, além de instância política por natureza, é instituído pelo poder Constituinte Originário com o objetivo de garantir a viabilização dos princípios e garantias constitucionais através dos três poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário.¹³⁸

¹³⁴ ALMEIDA, Dayse Coelho de. A fundamentalidade dos direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso. **Inclusão Social**. Brasília, n. 1, p. 118-124, out. 2006/ mar.2007. p 121

¹³⁵ QUEIROZ, op. cit., p. 83

¹³⁶ FILETI, Narbal Antônio Mendonça. **O princípio da proibição de retrocesso social: breves considerações**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2059, 19 fev. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/12359>>. Acesso em: 21 mar. 2011.

¹³⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O direito constitucional como ciência de direção – o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da “constituição social”). In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. (Coord.). CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. (Coord.). CORREIA, Érica Paula Barcha. (Coord.). **Direitos Fundamentais sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 11-31. p. 21

¹³⁸ BRAATZ, Tatiani Heckert. Direito à educação: dever do estado?. **Revista Jurídica-CCJ/FURB**. Blumenau, v. 12, n. 24, p. 80-94, jul./dez. 2008. p. 85

Deste modo o direito constitucional é uma ferramenta útil para se melhorar a sociedade. Entender os direitos sociais como direitos subjetivos públicos plenamente reivindicáveis perante o Estado demonstra que o direito pode ser utilizado como forma de transformação da sociedade.¹³⁹

Assim esses mandamentos constitucionais, no tocante aos direitos sociais, também atuam como forma de se pressionar o legislador para que efetivamente os cumpra, nesse sentido Cristina Queiroz acentua:

[...] Ao se optar por instituir os direitos fundamentais sociais como “princípios directivos” de “política económica e social” ajuda a criar “expectativas culturais” quanto à implementação de “políticas públicas” de direitos fundamentais, podendo traduzir-se numa forte pressão sobre o legislador para que legisle em “medida” que respeite o conteúdo desses direitos e bens jurídicos protegidos.¹⁴⁰

A concretização dos direitos sociais se faz necessária para que uma real igualdade seja alcançada de fato, buscando passar da igualdade formal já conquistada, para uma igualdade material ou substantiva.¹⁴¹ Cabe então ao poder público, observar as reais necessidades da sociedade, e priorizar os direitos sociais a serem implementados.

[...] Para a concretização destes direitos, o Estado deverá alinhar suas opções políticas com os recursos económicos disponíveis, condicionados ambos ao patamar mínimo estabelecido na Constituição (que são os direitos fundamentais sociais). O rol destes direitos não é nem taxativo nem mínimo e a escolha política pela realização de um ou outro direito passa pela análise concreta dos problemas sociais e da emergencial implementação.¹⁴²

Como já mencionado anteriormente, a implementação dos direitos sociais a prestação, mesmo decorrendo de normas constitucionais de aplicabilidade imediata, não têm como ser instituídos de uma hora para a outra, o caráter dirigente da constituição social não significa a

¹³⁹ MELO, Adriana Zawada. Direitos humanos fundamentais e o estado de direito social. **Revista Mestrado em Direito**. Osasco: n. 2, p. 71-86, 2007. p 80

¹⁴⁰ QUEIROZ, Cristina. **Direitos Fundamentais Sociais**: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 83

¹⁴¹ MELO, Adriana Zawada. Direitos humanos fundamentais e o estado de direito social. **Revista Mestrado em Direito**. Osasco: n. 2, p. 71-86, 2007. p. 80

¹⁴² BRAATZ, Tatiani Heckert. Direito à educação: dever do estado?. **Revista Jurídica-CCJ/FURB**. Blumenau, v. 12, n. 24, p. 80-94, jul./dez. 2008.

otimização direta e já dos direitos sociais, antes postula a graduabilidade de realização destes direitos. Graduabilidade não significa porém, reversibilidade social.¹⁴³

A inércia do poder público no tocante a concretização de direitos sociais, também é capaz de desrespeitar as liberdades individuais, já que aqueles são necessários à livre fruição destes. Nesse mesmo sentido cumpre destacar o posicionamento de Carlos Santiago Nino:

[...] Por qué suponer que cuando estamos passivos y dejamos que otros sufran daños no estamos violando sus derechos individuales? Cuando entendemos esto, los derechos sociales aparecen, insisto, no em contraposición com los derechos individuales sino como la extensión y prolongación natural de esos derechos individuales.¹⁴⁴

Diante de todo o exposto, percebe-se a vital importância do reconhecimento da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais sociais, impondo-se ao Estado a respeitabilidade para com esses direitos. E é nessa esteira que se passa a análise do princípio da proibição social, como forma de resguardar os direitos sociais de medidas de caráter reacionário por parte do poder público.

¹⁴³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O direito constitucional como ciência de direção – o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da “constituição social”). In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. (Coord.). CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. (Coord.). CORREIA, Érica Paula Barcha. (Coord.). **Direitos Fundamentais sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 11-31. p. 13

¹⁴⁴ NINO, apud CARVALHO, Osvaldo Ferreira de; COSTA, Eliane Romeiro. **O princípio da proibição de retrocesso social no atual marco jurídico-constitucional brasileiro**. Direito Público, [s.l.], n. 34, p. 7-39, jul.-ago. 2010 p. 25

3. PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL NO CONTEXTO DO ESTADO CONSTITUCIONAL

3.1 Conceito

Visando a proteção e conservação dos direitos fundamentais de cunho social, implementados pelas políticas estatais, a doutrina ibérica em particular, formulou o denominado princípio do não retrocesso social, como forma de preservar todas as conquistas em termos de direitos sociais.¹⁴⁵

O princípio da proibição do retrocesso social surge no mundo jurídico, partindo-se do entendimento de que os direitos sociais são o resultado da evolução social, e desta forma não se poderia cogitar a possibilidade de retrocesso destes direitos.¹⁴⁶ Segundo o doutrinador português, José Joaquim Gomes Canotilho, esta proibição de retrocesso social pode ser assim definida:

[...] o núcleo essencial dos direitos sociais já realizados e efetivados através de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que sem, a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática, numa “anulação” “revogação” ou “aniquilação” pura e simples desse núcleo¹⁴⁷

O legislador ao seguir os mandamentos constitucionais e concretizar os direitos sociais previstos na Carta Magna, não pode posteriormente simplesmente revogá-los, sob pena de enfraquecimento das normas constitucionais, a eliminação pura e simples das normas (legais) concretizadoras de direitos sociais, seria o mesmo que retirar a eficácia jurídica das normas constitucionais.¹⁴⁸

¹⁴⁵ MELO, Adriana Zawada. Direitos humanos fundamentais e o estado de direito social. **Revista Mestrado em Direito**. Osasco: n. 2, p. 71-86, 2007. p. 85

¹⁴⁶ BRAATZ, Tatiani Heckert. Direito à educação: dever do estado?. **Revista Jurídica-CCJ/FURB**. Blumenau, v. 12, n. 24, p. 80-94, jul./dez. 2008. p. 86

¹⁴⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina. 2003 p. 340

¹⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas em torno da proibição de retrocesso na esfera dos direitos fundamentais sociais. **Direito & Justiça**. Porto Alegre, n. 1, p. 9-50, jun. 2006. p. 34

O que se busca é a manutenção dos níveis de ganhos sociais alcançados, uma vez que, pelo aludido princípio, o Estado que deveria manter uma postura atuante no sentido de garantir uma concreta efetivação dos direitos sociais, agora se encontra vinculado a um dever de abstenção, no sentido de não desconstituir aquilo que já foi alcançado.¹⁴⁹ A vinculação do legislador a essa proibição de retroceder nos ganhos sociais, ocorre porque, apesar da concretização dos direitos fundamentais de caráter social, se dar via legislação infraconstitucional, isto em nada diminui o seu peso constitucional.¹⁵⁰

Percebe-se que o princípio em estudo é dirigido especialmente ao legislador, em sua atuação legiferante, pois a edição uma lei posterior não pode extinguir uma garantia ou um direito, especialmente os de cunho social, sob pena de se promover um retrocesso indesejado.

¹⁵¹ Mas não cabe somente ao legislador, e sim também, aos demais órgãos estatais, uma vinculação ao núcleo essencial já concretizado no campo social.¹⁵²

No entanto, existem algumas posições contrárias ao reconhecimento de uma proibição de retrocesso social, em nosso ordenamento, como ensina Ingo Sarlet:

[...] Contra o reconhecimento, em princípio, de uma proibição de retrocesso na esfera das conquistas sociais, costuma esgremir-se especialmente o argumento de que esta esbarra no fato de que o conteúdo do objeto dos direitos fundamentais sociais não se encontra, de regra definido ao nível da Constituição, sendo, além disso, indeterminável sem a intervenção do legislador, de tal sorte que este deverá dispor de uma quase absoluta liberdade de conformação nesta seara, que, por sua vez, engloba a autonomia para voltar atrás no que diz com as próprias decisões, liberdade esta que, no entanto, se encontra limitada pelo princípio da proteção da confiança e pela necessidade de justificação das medidas reducionistas.¹⁵³

Há autores que chegam ao entendimento de que uma legislação concretizadoras de direitos sociais possa ser extinta totalmente, em nome da chamada reserva do possível, nesse passo, o argumento de Roger Stiefelman Leal:

¹⁴⁹ QUEIROZ, Cristina. **Direitos Fundamentais Sociais**: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 107

¹⁵⁰ QUEIROZ, op. cit., p. 102

¹⁵¹ CARVALHO, Osvaldo Ferreira de; COSTA, Eliane Romeiro. **Segurança jurídica e o princípio da proibição de retrocesso social na ordem jurídico-constitucional brasileira**. Revista Científica Internacional, [s.l.], n. 6, p. 1-17, mar. 2009. p. 8

¹⁵² SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas em torno da proibição de retrocesso na esfera dos direitos fundamentais sociais. **Direito & Justiça**. Porto Alegre, n. 1, p. 9-50, jun. 2006. p. 33

¹⁵³ SARLET, op. cit., 32-33

[...] Roger Stiefelman Leal, que chega a admitir – em face da incapacidade prestacional do poder público (no âmbito dos limites postos pela reserva do possível) a possibilidade de uma total supressão de uma determinada legislação concretizadora de direitos sociais ou políticas públicas nesta seara.¹⁵⁴

Ao argumento de que, o reconhecimento de uma proibição de retrocesso social, esbarra na liberdade de autonomia do legislador, encontra-se a exposição de Suzana de Toledo Barros, segundo a autora:

[...] a admissão de um princípio da proibição de retrocesso social, entendido como uma garantia dos direitos sociais perante a lei, conflituaria com o princípio da autonomia do legislador, uma vez que o nível de determinação constitucional desses direitos parece ser nenhum.¹⁵⁵

Entretanto, o legislador que atua na concretização dos direitos sociais, nada mais faz do que cumprir os mandamentos constitucionais, e se posteriormente legislar na contra mão, desconstruindo o que já foi conquistado (principalmente no campo dos direitos fundamentais sociais), estaria na verdade abusando de seu poder de autonomia, indo contra as imposições constitucionais, ou segundo Ingo Sarlet “estar-se ia chancelando uma fraude à Constituição”.¹⁵⁶

É certo que o legislador dispõe de certa liberdade em sua atividade legislativa, no entanto não poderá desconstituir um mandamento constitucional já concretizado, pois mesmo que se compreenda na esfera de discricionariedade do legislador modificar um regime jurídico, não estará já na sua disponibilidade, subtrair supervenientemente a uma norma constitucional a exequibilidade que esta tenha, entretanto, adquirido.¹⁵⁷

A observância do princípio em comento se faz patente em um país como o Brasil, onde as grandes desigualdades sociais assolam em sobremaneira vários brasileiros, como um instrumento de proteção dos direitos sociais, garantindo o mínimo necessário a uma vida

¹⁵⁴ LEAL, apud SARLET, Ingo Wolfgang, Algumas notas em torno da proibição de retrocesso na esfera dos direitos fundamentais sociais. **Direito & Justiça**. Porto Alegre, n. 1, p. 9-50, jun. 2006. p. 33

¹⁵⁵ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003 p. 165

¹⁵⁶ SARLET, op. cit., p. 33

¹⁵⁷ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional II**. 4. ed. Coimbra, 2000. P 254-255 apud QUEIROZ, Cristina. **Direitos Fundamentais Sociais**: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 104

digna,¹⁵⁸ o princípio da proibição do retrocesso social se mostra como um meio eficaz a combater às intervenções indevidas nos direitos de natureza social.¹⁵⁹

O Estado Constitucional e a própria democracia dependem da concretização e conservação dos direitos sociais alcançados, como bem ressalta Ingo Sarlet:

[...] segue sendo necessária uma preocupação permanente com a consolidação e manutenção pelo menos dos níveis de proteção social mínimos, onde e quando alcançados, nas várias esferas da segurança social e da tutela dos direitos sociais compreendidos em toda a sua amplitude, inclusive como condição para a funcionalidade da própria democracia e sobrevivência do Estado Constitucional.¹⁶⁰

Nota-se que, o princípio citado assume feições de verdadeiro mecanismo de defesa dos direitos sociais, podendo dizer que se trata de uma eficácia negativa das normas constitucionais, segundo a qual, seria forçoso reconhecer posições subjetivas de caráter defensivo (negativo), no sentido de proibições de intervenções indevidas.¹⁶¹

A grande maioria da doutrina já vem reconhecendo a existência no ordenamento pátrio, do princípio da proibição de retrocesso social. É igualmente admitido pela maioria dos autores, que tal princípio não pode ostentar um caráter de princípio absoluto, principalmente no que diz respeito à concretização de direitos sociais a prestações.¹⁶²

É necessário chamar a atenção para o fato de que a proibição de retrocesso social é um princípio constitucional, (é bem verdade, de caráter implícito), e como qualquer princípio em direito, não pode merecer um status de absoluto, havendo casos em que outros princípios e normas constitucionais, poderão se sobrepor à proibição de retrocesso social.¹⁶³

¹⁵⁸ ALMEIDA, Dayse Coelho de. A fundamentalidade dos direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso. **Inclusão Social**. Brasília, n. 1, p. 118-124, out. 2006/ mar.2007. p. 122

¹⁵⁹ MELO, Adriana Zawada. Direitos humanos fundamentais e o estado de direito social. **Revista Mestrado em Direito**. Osasco: n. 2, p. 71-86, 2007. p. 84

¹⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang, Notas sobre assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano. **Revista TST**. Brasília, n. 3, p. 116-149, jul./set. 2009. p. 120

¹⁶¹ SARLET, Ingo Wolfgang, Notas sobre assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano. **Revista TST**. Brasília, n. 3, p. 116-149, jul./set. 2009. p. 122

¹⁶² SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas em torno da proibição de retrocesso na esfera dos direitos fundamentais sociais. **Direito & Justiça**. Porto Alegre, n. 1, p. 9-50, jun. 2006. p. 39

¹⁶³ FILETI, Narbal Antônio Mendonça. **O princípio da proibição de retrocesso social: breves considerações**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2059, 19 fev. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/12359>>. Acesso em: 21 mar. 2012.

Ademais, a atividade legislativa não pode ser resumida simplesmente a uma mera execução de normas constitucionais.¹⁶⁴ É sabido que o legislador dispõe de certo poder de conformação em sua atuação legislativa, até mesmo para eventualmente reduzir ou eliminar um padrão de proteção social já alcançado,¹⁶⁵ resta saber até que ponto pode o legislador e até mesmo os demais agentes estatais, retroceder no que já foi concretizado no campo dos direitos sociais, e até mesmo nos objetivos traçados no texto constitucional através de suas normas programáticas.¹⁶⁶

Nessa esteira, uma liberdade absoluta na atuação legiferante, pode levar ao risco de se perder o valor de fundamentalidade dos direitos de cunho social, como demonstra Ingo Sarlet:

[...] mesmo tendo em conta que o “espaço de prognose e decisão” legislativo seja variável, ainda mais no marco dos direitos sociais e das políticas públicas para a sua realização, não se pode admitir que em nome da liberdade de conformação do legislador, o valor jurídico dos direitos sociais, assim como a sua própria fundamentalidade, acabem sendo esvaziados.¹⁶⁷

O princípio em estudo não visa uma proibição absoluta de decisões que visem a alguns ajustes na seara social, e que porventura tenham algum caráter flexibilizante e reducionista dos níveis de segurança social alcançados, até mesmo porque, os poucos recursos arrecadados não conseguem resolver todos os problemas no campo social, notadamente em tempos de crises econômicas, sendo possível sim, alguma flexibilização ou redução em matéria social, desde que estejam presentes os pressupostos para isso.¹⁶⁸

Assim, uma restrição de um direito social já alcançado, só poderá ocorrer quando cuidadosamente avaliada pelos agentes estatais envolvidos, observando os critérios da razoabilidade e da proporcionalidade e desde que a medida se mostre estritamente necessária para alcançar outros propósitos constitucionais relevantes.¹⁶⁹

¹⁶⁴ SARLET, Ingo Wolfgang, Notas sobre assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano. **Revista TST**. Brasília, n. 3, p. 116-149, jul./set. 2009 p.137

¹⁶⁵ QUEIROZ, Cristina. **Direitos Fundamentais Sociais**: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 122

¹⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang, Notas sobre assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano. **Revista TST**. Brasília, n. 3, p. 116-149, jul./set. 2009 p.128

¹⁶⁷ SARLET, Ingo Wolfgang, Notas sobre assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano. **Revista TST**. Brasília, n. 3, p. 116-149, jul./set. 2009 p. 132

¹⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas em torno da proibição de retrocesso na esfera dos direitos fundamentais sociais. **Direito & Justiça**. Porto Alegre, n. 1, p. 9-50, jun. 2006. p.42-43

¹⁶⁹ SARLET, Ingo Wolfgang, Notas sobre assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano. **Revista TST**. Brasília, n. 3, p. 116-149, jul./set. 2009 p.138

Além do cuidado na avaliação pelos agentes estatais, as medidas de caráter restritivo de direitos sociais, não poderão de forma alguma atentar contra o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais já concretizados, esse núcleo vincula o poder público em especial o legislador, na edição de leis ou medidas de caráter reducionistas em matéria social.¹⁷⁰

Desta forma, percebe-se que a proibição de retrocesso não é absoluta, podendo sim, haver alterações e restrições de direitos sociais já concretizados, observando-se sempre o núcleo essencial desses direitos,¹⁷¹ vedando ao legislador a eliminação sem mais nem menos, do grau de concretização já alcançado em matéria social, salvo se instituir outros arranjos alternativos ou compensatórios.¹⁷²

Esse núcleo essencial dos direitos sociais guarda estreita relação com o princípio da dignidade da pessoa humana e a noção de mínimo existencial, entendido como o leque de condições mínimas necessárias para uma vida com dignidade, tendo em mente que essas condições mínimas não abarcam somente o necessário para o indivíduo sobreviver,¹⁷³ englobando todo um arcabouço de prestações materiais necessárias a uma vida saudável, dentro de um patamar mínimo de qualidade de vida.¹⁷⁴ Ensina-nos Jorge Reis Novais, que a dignidade constitucionalmente positivada vincula todos os poderes e se impõe como uma obrigação ao Estado:

[...] A consagração constitucional da dignidade da pessoa humana, coloca um dever ser jurídico que obriga o Estado, conforma a ordem jurídica estatal e vincula todos os poderes estatais. Como princípio estruturante do Estado Constitucional, urge compreender a dignidade à luz do pluralismo e da tolerância¹⁷⁵

¹⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas em torno da proibição de retrocesso na esfera dos direitos fundamentais sociais. **Direito & Justiça**. Porto Alegre, n. 1, p. 9-50, jun. 2006. p.43

¹⁷¹ FILETI, Narbal Antônio Mendonça. **O princípio da proibição de retrocesso social: breves considerações**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2059, 19 fev. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/12359>>. Acesso em: 21 mar. 2012.

¹⁷² QUEIROZ, Cristina. **Direitos Fundamentais Sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 103

¹⁷³ SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano. **Revista TST**. Brasília, n. 3, p. 116-149, jul./set. 2009 p.140

¹⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas em torno da proibição de retrocesso na esfera dos direitos fundamentais sociais. **Direito & Justiça**. Porto Alegre, n. 1, p. 9-50, jun. 2006. p.43-44

¹⁷⁵ NOVAIS, apud CARVALHO, Osvaldo Ferreira de; COSTA, Eliane Romeiro. **O princípio da proibição de retrocesso social no atual marco jurídico-constitucional brasileiro**. *Direito Público*, [s.l.], n. 34, p. 7-39, jul.-ago. 2010 p.20

A dignidade da pessoa humana dá unidade ao conjunto de direitos fundamentais, tanto os direitos fundamentais individuais quanto os direitos fundamentais sociais. Pode se dizer que ela é base desse sistema de garantias, isto porque a dignidade é intrínseca a própria condição humana, e nesta esteira, os direitos fundamentais devem ser respeitados não somente pelos demais indivíduos, mas também, e principalmente, pelo Estado.¹⁷⁶

Nesse sentido cumpre destacar o entendimento de Flavia Piovesan, segundo a qual, é a própria condição humana, a única exigência necessária ao reclamo desses direitos, a condição de pessoa é o requisito único para a titularidade de direitos, considerando o ser humano como um ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade.¹⁷⁷

Deste modo, o Estado possui um dever de atuar tanto negativamente no sentido de proteger para que os direitos fundamentais não sejam violados, como ativamente no sentido de dar viabilidade ao desenvolvimento pessoal, garantindo prestações necessárias a implementação desses direitos fundamentais, principalmente em relação aos direitos sociais.¹⁷⁸

A dignidade da pessoa humana assume então, uma relevante função, a de freio do poder político, ao reconhecer o homem como fundamento do domínio político da República, ressaltando a importância do papel do princípio da dignidade da pessoa humana no contexto político.¹⁷⁹ Assim, sempre que estiver em curso uma medida que vise retroceder nos ganhos sociais alcançados, deve-se buscar sempre aquela solução que melhor se coaduna e preserva a dignidade da pessoa humana.¹⁸⁰ Feita às devidas considerações, passa-se agora ao estudo do princípio da proibição de retrocesso social no direito estrangeiro.

¹⁷⁶ SOARES, Dilmanoel de Araujo. **Direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso social**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 129-130

¹⁷⁷ PIOVESAN, Flavia. Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos. **Sur Revista Internacional de Direitos Humanos**: São Paulo, v. 1, n. 1, p. 20-47, 1º sem. 2004. p. 22

¹⁷⁸ SOARES, Dilmanoel de Araujo. **Direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso social**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 130

¹⁷⁹ CANOTILHO, apud ALMEIDA, Dayse Coelho de. A fundamentalidade dos direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso. **Inclusão Social**. Brasília, n. 1, p. 118-124, out. 2006/ mar.2007. p. 120

¹⁸⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas em torno da proibição de retrocesso na esfera dos direitos fundamentais sociais. **Direito & Justiça**. Porto Alegre, n. 1, p. 9-50, jun. 2006. p.46-47

3.2 O Princípio da Proibição de Retrocesso no Direito Comparado

O debate na doutrina e jurisprudência, acerca do princípio da proibição de retrocesso social, encontra-se mais desenvolvida em outros países, assim se faz imperiosa a necessidade de uma análise sobre a temática no Direito Comparado¹⁸¹

A proibição do retrocesso na Alemanha começa com a discussão sobre a eficácia dos direitos fundamentais sociais em especial os de caráter prestacional. Ernst-Wolfgang Böckenförde entende que, mesmo positivados na Constituição, eles não geram direitos subjetivos imediatos para os cidadãos antes da atuação do legislador. Entretanto o autor entende que os direitos sociais têm eficácia imediata sobre a atividade legislativa e administrativa de forma, a estender a sua proteção às situações jurídicas criadas pelo legislador ou pela prática administrativa reiterada, vendando a sua supressão.¹⁸²

A proibição do retrocesso social na Alemanha esteve ligada a crise do Estado-Providência, pela sua crescente incapacidade de garantir as prestações sociais, em especial no âmbito da seguridade social, com a devida proteção das posições jurídicas dos cidadãos. A Alemanha havia passado por duas guerras mundiais, períodos de intensa inflação, onde a propriedade como é entendida no direito real, estava perdendo muito de seu valor, a sobrevivência do indivíduo dependia muito dos rendimentos de seu trabalho e dentre estes os que viessem de sua aposentadoria, assim o objeto da proteção da propriedade passa a ser o aproveitamento econômico de um direito dotado de valor patrimonial.¹⁸³

Nesse sentido, o Tribunal Constitucional Federal alemão juntamente com a doutrina germânica, acabaram por construir a tese da proibição do retrocesso social através do conceito da função da propriedade, reconhecendo a extensão da proteção a posições jurídico-subjetivas no campo da seguridade social,¹⁸⁴ surgindo à tese de que a supressão, sem compensações, de

¹⁸¹ DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 135

¹⁸² BÖCKENFÖRDE, apud, DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 137 -138

¹⁸³ DERBLI, op. cit., p. 140-141

¹⁸⁴ SOARES, Dilmanoel de Araujo. **Direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso social**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 91

direitos subjetivos-públicos de caráter patrimonial, iria de encontro à proteção constitucional da propriedade.¹⁸⁵

Entretanto essa proteção não se dá de maneira generalizada, é necessário que haja certos requisitos, para que esta proteção seja concedida, conforme enumera Felipe Derbli:

[...] direito subjetivo a uma determinada prestação social e a contraprestação pessoal de seu titular [...] posição jurídica exclusiva e pessoal do seu titular [...] que essa posição jurídico-subjetiva se destine à garantia de existência do seu titular.¹⁸⁶

Desta forma pelo entendimento alemão, a proteção garantida pelo já citado princípio, só alcançaria aqueles benefícios oriundos da seguridade social, tais como aposentadorias, pensões e o seguro-desemprego, outros direitos sociais não abarcados pelos requisitos acima, ficariam de fora do campo da vedação do retrocesso.¹⁸⁷

Em Portugal, dada à contribuição de José Joaquim Gomes Canotilho, chegou-se a um conceito mais generalizado e diverso acerca da proibição de retrocesso social,¹⁸⁸ abarcando os direitos fundamentais sociais já concretizados via legislação infraconstitucional.¹⁸⁹

Primeiramente o princípio da proibição do retrocesso social foi chamado por Canotilho de proibição da “contra-revolução social”, assim sintetizado:

[...] o princípio da democracia social e económica fundamenta uma pretensão imediata dos cidadãos contra entidades públicas sempre que o grau de realização dos seus direitos económicos e sociais for afetado em seu sentido negativo, e estabelece uma proibição de “evolução reacionária”.¹⁹⁰

A tese da proibição de retrocesso social vem sendo utilizada pelo Tribunal Constitucional português, especialmente no julgamento paradigmático do acórdão nº 39, de 1984, e em grande medida, pelo voto do conselheiro Vital Moreira.¹⁹¹ No referido julgado

¹⁸⁵ DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 142

¹⁸⁶ DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 142-143

¹⁸⁷ DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 144

¹⁸⁸ DERBLI, op. cit., p. 144

¹⁸⁹ SOARES, Dilmanoel de Araujo. **Direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso social**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 93

¹⁹⁰ CANOTILHO, apud DERBLI, op. cit., p. 145

¹⁹¹ DERBLI, op. cit., p. 146

uma lei que praticamente extinguiu o Serviço Nacional de Saúde foi julgada inconstitucional, ao argumento de que esta extinção feriria o direito social fundamental à saúde.¹⁹²

Na América Latina, apesar de não ter sido consagrado em nenhum texto constitucional, o princípio da proibição de retrocesso social, vem sendo largamente divulgado pela doutrina e jurisprudência, latino-americanas, em grande medida pela consagração do já citado princípio no âmbito do direito internacional.¹⁹³

Os direitos sociais estão cada vez mais em voga nas constituições latino americanas, e mesmo correndo o risco de se instituir mais do que verdadeiramente se pode cumprir, é nítido no campo da realidade social dos países da América Latina, o descompromisso com o projeto social constitucional, e isso, como se já não bastassem os índices alarmantes de desigualdade e exclusão social nestes países.¹⁹⁴

Devido aos preocupantes índices de desigualdade e exclusão social, se faz necessário que a doutrina e jurisprudência procurem dar a devida importância à temática da proibição de retrocesso social, a fim de evitar que certas normas venham a destruir os já frágeis níveis de segurança social existentes.¹⁹⁵

O princípio da proibição de retrocesso, no tocante a vinculação do legislador aos projetos de caráter social, é um importante mecanismo para se garantir um efetivo dirigismo constitucional no cenário latino americano, como bem destaca Ingo Sarlet.

[...] o reconhecimento de um princípio constitucional (implícito) da proibição de retrocesso constitui – pelo menos no que diz com a vinculação do legislador aos programas de cunho social e econômico (nos quais se insere a previsão dos próprios direitos sociais, econômicos, culturais e ambientais) – uma manifestação possível de um dirigismo constitucional, que além de vincular o legislador de forma direta à Constituição, também assegura uma vinculação, que poderíamos designar de mediata, no sentido de uma vinculação do legislador à sua própria obra, especialmente no sentido de impedir uma frustração da vontade constitucional.¹⁹⁶

¹⁹² SARLET, Ingo Wolfgang, Algumas notas em torno da proibição de retrocesso na esfera dos direitos fundamentais sociais. **Direito & Justiça**. Porto Alegre, n. 1, p. 9-50, jun. 2006. p. 28

¹⁹³ SARLET, Ingo Wolfgang, Notas sobre assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano. **Revista TST**. Brasília, n. 3, p. 116-149, jul./set. 2009. p. 117

¹⁹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang, Notas sobre assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano. **Revista TST**. Brasília, n. 3, p. 116-149, jul./set. 2009. p. 118-119

¹⁹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang, Notas sobre assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano. **Revista TST**. Brasília, n. 3, p. 116-149, jul./set. 2009. p. 148

¹⁹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang, Notas sobre assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano. **Revista TST**. Brasília, n. 3, p. 116-149, jul./set. 2009. p. 148

Mesmo tendo em vista que a realidade social e econômica de países como Alemanha e Portugal, em muito se distancia da nossa realidade, nota-se que o princípio em comento, tal qual como foi cunhado em Portugal, parece adequar-se melhor a realidade, jurídica, social e econômica brasileira.

3.3 O Princípio da Proibição de Retrocesso no Direito Pátrio

A discussão na doutrina brasileira, a respeito do princípio da proibição de retrocesso, e a sua referência na jurisprudência pátria, são ainda muito incipientes, por isso se faz necessária à busca de uma compreensão do princípio da proibição de retrocesso social adequada à realidade constitucional brasileira.¹⁹⁷

No Brasil o primeiro a fazer menção, ainda que indiretamente, ao princípio da proibição de retrocesso foi José Afonso da Silva. Para o autor, as normas constitucionais programáticas, mostram ao legislador pelo menos o que não deve ser feito, sendo inconstitucional lei que afronte a constituição, e lei que desconstitua efeitos constitucionais, já alcançados por lei anterior.¹⁹⁸

Trata-se de um princípio constitucional implícito¹⁹⁹, uma vez que, o citado princípio não foi expressamente consagrado por nossa Lei Fundamental, mas pode ser evocado a partir de nosso sistema jurídico-constitucional, assim é a lição de Luís Roberto Barroso.

[...] Por este princípio, que não é expreso, mas decorre do sistema jurídico-constitucional, entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser arbitrariamente suprimido²⁰⁰.

¹⁹⁷ DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 166-195

¹⁹⁸ SILVA, apud DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 167-168

¹⁹⁹ CARVALHO, Osvaldo Ferreira de; COSTA, Eliane Romeiro. **Segurança jurídica e o princípio da proibição de retrocesso social na ordem jurídico-constitucional brasileira**. Revista Científica Internacional, [s.l.], n. 6, p. 1-17, mar. 2009. p. 13

²⁰⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: Limites e possibilidades da constituição brasileira**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 152

Imperioso se faz o reconhecimento de normas constitucionais implícitas, sendo estas, aquelas normas que não foram expressamente consagradas, mas podem ser deduzidas a partir dos princípios expressos textualmente. É preciso ter em mente, que haverá casos, em que será preciso colher conclusões do espírito da norma e não do texto²⁰¹.

Tendo origem implícita no sistema jurídico constitucional brasileiro, o aludido princípio deve comungar com outros princípios e preceitos de nossa Carta Magna. Ingo Sarlet enumera os pontos de contato do princípio da proibição de retrocesso com o sistema constitucional pátrio, são eles: o princípio do Estado democrático e social, que inflige o mínimo em segurança jurídica, que por sua vez, abarca a proteção da confiança e a manutenção mínima de uma continuidade jurídica, evitando-se medidas de caráter retroativo. A dignidade da pessoa humana que reclama ações positivas (em especial para os direitos sociais) por parte do Estado a fim de se garantir uma vida condigna para todos. O princípio da máxima eficácia das normas constitucionais, que engloba a maximização da proteção dos direitos fundamentais sociais, envolvendo nesse sentido, a proteção contra medidas de cunho retrocessivo. As normas constitucionais que expressamente proíbem a retroatividade, como as que consagram o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. O princípio da proteção da confiança que determina ao poder público, a observância da boa fé no trato com os particulares, e deste modo impõe o respeito pela continuidade e estabilidade das relações jurídicas. A auto vinculação aos atos editados pelo próprio poder público, em respeito à segurança jurídica e a proteção da confiança. Além de todos esses pontos, a liberdade do legislador em sua atuação legislativa não é absoluta, já que ele está adstrito aos enunciados e mandamentos constitucionais.²⁰²

A normatividade dos princípios constitucionais, explícitos ou implícitos, garante a unidade e harmonia do sistema jurídico, condensa os valores maiores de determinada coletividade e condiciona a atividade do intérprete.²⁰³

²⁰¹ DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 221

²⁰² SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas em torno da proibição de retrocesso na esfera dos direitos fundamentais sociais. **Direito & Justiça**. Porto Alegre, n. 1, p. 9-50, jun. 2006. p. 36-37

²⁰³ BONNA, Aline Paula. A vedação do retrocesso social como limite à flexibilização das normas trabalhistas brasileiras. **Revista do Tribunal Regional da 3ª Região**. Belo Horizonte, v. 47, n.77 p. 51-66, jan./jun. 2008. p. 55

A Constituição brasileira com o seu dirigismo, insculpiu como um de seus mandamentos, a busca pela justiça social, a qual determina uma direção a ser seguida, além disso, uma proibição de retroceder na busca pela efetivação desta justiça social. Cumpre destacar que o dirigismo constitucional ainda se faz necessário no Brasil, dado os altos índices de exclusão social, além das instituições democráticas estarem em pleno processo de amadurecimento,²⁰⁴ sendo necessários mecanismos que visem à proteção, em sede constitucional, das posições jurídicas de cunho social conferidas por lei aos indivíduos das intempéries da instabilidade política.²⁰⁵

Na jurisprudência brasileira não há muitos registros acerca da temática em questão. Na Suprema Corte, apesar de suscitado algumas vezes, o tema foi objeto de apreciação pela primeira vez na ADIn, 2.065-DF, por afronta ao art. 194, VII, da Constituição Federal, pelo art. 17 da Medida Provisória 1.999/99, que revogava os arts. 6º e 7º da lei 8.212/91 e arts. 7º e 8º da lei 8.213/91, sob ao argumento de que haveria retrocesso social, uma vez que não existiria mais norma infraconstitucional disciplinando a descentralização administrativa da seguridade social.²⁰⁶

Outro caso na jurisprudência do Supremo, que consta referência ao já citado princípio, foi no julgamento da ADIn, 3.105-DF, que visava a declaração de inconstitucionalidade do art. 4º, caput e parágrafo único da Emenda Constitucional, 41/2003, que taxou os inativos. Apesar de ter sido voto vencido, o ministro Celso de Mello, entendeu pela inconstitucionalidade do referido artigo, invocando o princípio da proibição de retrocesso social ressaltando o caráter de fundamentalidade dos direitos de natureza previdenciária.²⁰⁷

O juizado especial federal no Mato Grosso do Sul, também enfrentou a situação, entendendo que legislação posterior que impunha novos limites de renda familiar, para o recebimento do benefício de que trata o art. 203, V, da Constituição Federal, restringia o número de beneficiados ofendendo assim, o princípio da proibição de retrocesso social.²⁰⁸

²⁰⁴ DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 203-204

²⁰⁵ CARVALHO, Osvaldo Ferreira de; COSTA, Eliane Romeiro. **Segurança jurídica e o princípio da proibição de retrocesso social na ordem jurídico-constitucional brasileira**. Revista Científica Internacional, [s.l.], n. 6, p. 1-17, mar. 2009. p. 3

²⁰⁶ DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 186-187

²⁰⁷ DERBLI, op. cit., p. 189-190

²⁰⁸ DERBLI op. cit., p. 192-193

Em julgamento recente, de 2011, o Supremo Tribunal Federal, firmou entendimento de que o não cumprimento pelo município de São Paulo, de matricular crianças de até cinco anos em creches perto de casa ou do trabalho de seus pais, conforme o disposto no art. 208, IV, da Constituição Federal, feriria o princípio da proibição de retrocesso social, entendendo inclusive, ser possível o pagamento de multa pelo o município, caso continuasse com o descumprimento, a título meramente didático, necessário se faz destacar o trecho da decisão:

[...] O princípio da proibição do retrocesso, impede em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. – A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torna-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar – mediante supressão total ou parcial os direitos sociais já concretizados.²⁰⁹

O que o princípio da proibição do retrocesso social pretende, é justamente assegurar a manutenção dos graus mínimos de segurança social já alcançados,²¹⁰ deste modo pode-se

²⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo. Ementa: criança de até cinco anos de idade - atendimento em creche e em pré-escola - sentença que obriga o município de São Paulo a matricular crianças em unidades de ensino infantil próximas de sua residência ou do endereço de trabalho de seus responsáveis legais, sob pena de multa diária por criança não atendida - legitimidade jurídica da utilização das “astreintes” contra o poder público - doutrina - jurisprudência - obrigação estatal de respeitar os direitos das crianças - educação infantil - direito assegurado pelo próprio texto constitucional (CF, art. 208, IV, na redação dada pela EC nº 53/2006) - compreensão global do direito constitucional à educação - dever jurídico cuja execução se impõe ao poder público, notadamente ao município (CF, art. 211, § 2º) - legitimidade constitucional da intervenção do poder judiciário em caso de omissão estatal na implementação de políticas públicas previstas na constituição - inocorrência de transgressão ao postulado da separação de poderes - proteção judicial de direitos sociais, escassez de recursos e a questão das “escolhas trágicas” - reserva do possível, mínimo existencial, dignidade da pessoa humana e vedação do retrocesso social - pretendida exoneração do encargo constitucional por efeito de superveniência de nova realidade fática - questão que sequer foi suscitada nas razões de recurso extraordinário - princípio “jura novit curia” - invocação em sede de apelo extremo - impossibilidade - recurso de agravo improvido. políticas públicas, omissão estatal injustificável e intervenção concretizadora do poder judiciário em tema de educação infantil: possibilidade constitucional. *ARE 639337 AgR/ SP*. Segunda Turma. Agravante: Município de São Paulo. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator (a): Min. Celso de Mello. Brasília, 23 de agosto de 2011. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28proibi%E7%E3o++e++retrocesso++social++direitos++e++sociais%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em 09 de abril de 2012. 11:09.

²¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas em torno da proibição de retrocesso na esfera dos direitos fundamentais sociais. *Direito & Justiça*. Porto Alegre, n. 1, p. 9-50, jun. 2006. p.41

perceber uma forte relação entre o princípio da proibição do retrocesso social e a segurança jurídica,²¹¹ a qual será motivo de reflexão a seguir.

3.4 Segurança Jurídica e Proibição de Retrocesso

A segurança jurídica, pelo menos desde a declaração dos direitos humanos, vem fazendo parte da maioria dos textos constitucionais e tratados internacionais de nossa época, e em nossa Constituição não foi diferente, prevista expressamente no artigo 5º e esparsamente em outros dispositivos constitucionais.²¹²

A estabilidade das relações jurídicas tem uma importante conotação em todo Estado que pode ser verdadeiramente tido como um autêntico Estado de Direito,²¹³ pode-se dizer que é um dos elementos nucleares em um Estado de Democrático, firmando-se como elemento de salvaguarda da confiança das relações jurídicas garantindo a solidez do sistema e a sua credibilidade.²¹⁴

Segundo Luís Roberto Barroso, a segurança jurídica mantém a estabilidade da ordem jurídica, garantindo a paz jurídico-social através da confiança no direito, traduzida pela certeza nos atos do poder público, e os seus consequentes efeitos na vida dos particulares além do respeito às normas jurídicas válidas e vigentes.²¹⁵ É, portanto princípio fundamental da ordem jurídica estatal e até da própria ordem internacional.²¹⁶

Entretanto a segurança jurídica não deve ser entendida como imutabilidade jurídica, já que mudanças no ordenamento podem vir a ocorrer, (e muitas vezes realmente são

²¹¹ CARVALHO, Osvaldo Ferreira de; COSTA, Eliane Romeiro. **Segurança jurídica e o princípio da proibição de retrocesso social na ordem jurídico-constitucional brasileira**. Revista Científica Internacional, [s.l.], n. 6, p. 1-17, mar. 2009. p. 01

²¹² SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas em torno da proibição de retrocesso na esfera dos direitos fundamentais sociais. **Direito & Justiça**. Porto Alegre, n. 1, p. 9-50, jun. 2006. p. 09

²¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas em torno da proibição de retrocesso na esfera dos direitos fundamentais sociais. **Direito & Justiça**. Porto Alegre, n. 1, p. 9-50, jun. 2006. p. 09

²¹⁴ CARVALHO, Osvaldo Ferreira de; COSTA, Eliane Romeiro. **Segurança jurídica e o princípio da proibição de retrocesso social na ordem jurídico-constitucional brasileira**. Revista Científica Internacional, [s.l.], n. 6, p. 1-17, mar. 2009. p. 01

²¹⁵ BARROSO, apud DERBLI, Felipe. Segurança jurídica, legalidade, irretroatividade e anterioridade. **Revista Ciências Sociais**. Rio de Janeiro, v. 10, n. 1-2, p. 91-117, jan./dez. 2004, p. 93

²¹⁶ SARLET, op. cit., p. 11

necessárias) mas desde que respeitados certos parâmetros formais e procedimentais, além da observância de regras e princípios.²¹⁷

Ingo Sarlet ensina que, um autêntico Estado de Direito é também um Estado de Segurança Jurídica, já que um governo “das leis”, por ser a expressão da vontade política de um determinado grupo, poderá resultar em despotismo, arbitrariedades e injustiças,²¹⁸ o citado autor vai mais além, para ele a segurança jurídica possui um caráter mais geral:

[...] o direito à segurança não se restringe, por sua vez, a estas dimensões e abrange, para além de um direito à segurança jurídica e social, um direito geral à segurança, no sentido de um direito à proteção [por meio de prestações normativas e materiais] contra atos – do poder público e de outros particulares – violadores dos diversos direitos pessoais, igualmente parece evidente.²¹⁹

Além de previsões expressas na Constituição, a segurança também decorre da dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais, que leva os poderes estatais a uma vinculação a deveres gerais e especiais que garantam a proteção.²²⁰ Esta noção de direitos fundamentais é importante, para dar suporte material ao princípio da segurança jurídica, e consequentemente não se admitir uma segurança jurídica pura e simplesmente formal, pois correr-se-ia o risco absurdo de se chancelar como seguros, ordenamentos onde toda a sorte injustiças, de abusos, de desrespeitos aos direitos fundamentais poderia acontecer, como ocorreu com a Alemanha nazista.²²¹

A segurança jurídica, apesar de abarcar os conceitos de direito adquirido, da coisa julgada, da irretroatividade das leis e do ato jurídico perfeito, não se esgota somente nesses princípios, incluindo também, o combate a regras que, apesar de possuírem um caráter prospectivo, possam vir a acarretar um verdadeiro retrocesso social.²²²

²¹⁷ SOARES, Dilmanoel de Araujo. **Direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso social**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 154

²¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas em torno da proibição de retrocesso na esfera dos direitos fundamentais sociais. **Direito & Justiça**. Porto Alegre, n. 1, p. 9-50, jun. 2006. p. 11

²¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas em torno da proibição de retrocesso na esfera dos direitos fundamentais sociais. **Direito & Justiça**. Porto Alegre, n. 1, p. 9-50, jun. 2006. p. 12

²²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas em torno da proibição de retrocesso na esfera dos direitos fundamentais sociais. **Direito & Justiça**. Porto Alegre, n. 1, p. 9-50, jun. 2006. p. 12

²²¹ DERBLI, Felipe. Segurança jurídica, legalidade, irretroatividade e anterioridade. **Revista Ciências Sociais**. Rio de Janeiro, v. 10, n. 1-2, p. 91-117, jan./dez. 2004, p. 95

²²² BONNA, Aline Paula. A vedação do retrocesso social como limite à flexibilização das normas trabalhistas brasileiras. **Revista do Tribunal Regional da 3ª Região**. Belo Horizonte, v. 47, n.77 p. 51-66, jan./jun. 2008. p. 59

No tocante aos direitos sociais, e com relação à proibição de retrocesso social, a segurança jurídica é tida como garantia da ordem jurídica e da continuidade de um padrão mínimo de concretude contra desgastes, por parte do legislador, que tem o dever de implementar e concretizar esses direitos sociais.²²³ a segurança jurídica mostra-se como verdadeira restrição ao poder estatal, a fim de se garantir a não interferência pelo poder público na esfera dos particulares, isso dá em grande medida pelo reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais.²²⁴

Segundo Ingo Sarlet, existe uma certa ligação entre segurança jurídica e a segurança social, esta entendida como proteção dos direitos sociais contra intervenções arbitrárias por parte do poder estatal e até mesmo de outros particulares.²²⁵

No entanto, para Felipe Derbli, proibição de retrocesso social e segurança jurídica são institutos distintos, para o autor a garantia da previsibilidade da ordem jurídica não se confunde com a manutenção dos níveis de concretude dos direitos sociais, via legislação infraconstitucional.²²⁶

Deste modo, a proibição de retrocesso não pode ser entendida como um substituto da segurança jurídica na proteção dos direitos adquiridos ou expectativa de direitos, pois seria na verdade uma construção desnecessária, do princípio da proibição de retrocesso social, ou nas palavras de Felipe Derbli, seria “chover no molhado”.²²⁷

Faz-se necessário trazer a baila, a fim de aclarar o pensamento, o ensinamento de Ingo Sarlet, que no mesmo sentido do autor acima, traça uma diferenciação entre os dois institutos estudados:

[...] é preciso reconhecer que embora a proibição de retrocesso, segurança jurídica (incluindo a proteção da confiança, os direitos adquiridos e as expectativas de direitos) e dignidade da pessoa humana não se confundem, de tal sorte que o princípio da proibição de retrocesso poderá assumir algum contorno autônomo, não se poderá afirmar que tal autonomia implica uma aplicação isolada e sem qualquer relação com outros institutos, como, de

²²³ SOARES, Dilmanoel de Araujo. **Direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso social**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 154

²²⁴ DERBLI, Felipe. Segurança jurídica, legalidade, irretroatividade e anterioridade. **Revista Ciências Sociais**. Rio de Janeiro, v. 10, n. 1-2, p. 91-117, jan./dez. 2004, p. 96

²²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas em torno da proibição de retrocesso na esfera dos direitos fundamentais sociais. **Direito & Justiça**. Porto Alegre, n. 1, p. 9-50, jun. 2006. p. 13

²²⁶ DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 215-216

²²⁷ DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 217

resto, demonstram absolutamente todos os exemplos encontrados na doutrina e jurisprudência.²²⁸

Assim, o princípio da proibição de retrocesso social se presta para garantir à vinculação do legislador aos níveis de concretude dos direitos sociais já alcançados por lei, para que não se volte a um status de inobservância dos mandamentos constitucionais, por falta de legislação regulamentadora.²²⁹

Contudo, é necessário que uma noção de segurança jurídica, possa dialogar com as particularidades próprias dos direitos sociais, inclusive com o princípio da proibição de retrocesso social, em nome de uma efetiva justiça social.²³⁰

A constituição não deve somente pensar no futuro, deve também procurar meios de manter as conquistas (principalmente no campo social) alcançadas, de eventuais desmandos de determinados grupos políticos que venham a legislar contrariamente a Constituição, nesse sentido Lenio Luiz Streck:

[...] a Constituição não tem somente a tarefa de apontar para o futuro. Tem, igualmente a relevante função de proteger os direitos já conquistados. Desse modo, mediante a utilização da principiologia constitucional (explícita ou implícita), é possível combater alterações feitas por maiorias políticas eventuais, que legislando na contramão da programaticidade constitucional, retiram (ou tentam retirar) conquistas da sociedade²³¹

A busca por uma segurança efetiva e a implementação de justiça social, são um dos grandes desafios do atual Estado Constitucional, em grande medida pela necessidade de adaptação dos sistemas de prestação social em um mundo marcado pela globalização, onde o fortalecimento do poder econômico e o enfraquecimento das instituições estatais acarretam níveis de exclusão socioeconômica, cada vez maiores.²³²

²²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang, Notas sobre assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano. **Revista TST**. Brasília, n. 3, p. 116-149, jul./set. 2009 p. 125

²²⁹ DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 219

²³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang, Notas sobre assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano. **Revista TST**. Brasília, n. 3, p. 116-149, jul./set. 2009 p. 126

²³¹ STRECK, apud BONNA, Aline Paula. A vedação do retrocesso social como limite à flexibilização das normas trabalhistas brasileiras. **Revista do Tribunal Regional da 3ª Região**. Belo Horizonte, v. 47, n.77 p. 51-66, jan./jun. 2008. p. 58

²³² CARVALHO, Osvaldo Ferreira de; COSTA, Eliane Romeiro. **Segurança jurídica e o princípio da proibição de retrocesso social na ordem jurídico-constitucional brasileira**. Revista Científica Internacional, [s.l.], n. 6, p. 1-17, mar. 2009. p. 6

Os efeitos dessa globalização econômica acabam por acarretar o aumento da exclusão social e a diminuição dos recursos orçamentários²³³, dando margem a argumentos como o da reserva do possível, que será alvo de análise no próximo item.

3.5 A Questão da Reserva do Possível

O instituto da reserva do possível surgiu na Alemanha, onde se firmou jurisprudência no sentido de que, o indivíduo só pode reclamar do Estado, aquilo que se encontra na esfera do razoavelmente possível de se exigir da sociedade. Entende-se então, que os direitos a prestações estatais entrariam no campo de discricionariedade do poder público, na alocação de seus recursos orçamentários, obedecendo aos critérios de ponderação e razoabilidade do legislador,²³⁴ ou mesmo, vinculados à moral de cada representante.²³⁵

No entanto, há que se fazer as devidas ressalvas e adaptações, quando se importa contribuições da doutrina estrangeira, devendo-se levar em conta o contexto social, econômico e também político desses países. Na Alemanha, diferentemente do Brasil, os níveis de bem estar social são infinitamente melhores, aqui ainda existem milhares de pessoas que passam fome e não têm as mínimas condições para uma existência digna, de forma que não se pode abandonar a luta por direitos sociais efetivos.²³⁶

O instituto da reserva do possível acabou sendo deturpado no Brasil, em relação a sua origem na Alemanha. Lá se visava à promoção razoável dos direitos sociais visando alcançar a almejada justiça social por meio de uma igualdade efetiva, já em terras tupiniquins utiliza-se o argumento de que as necessidades humanas são infinitas e os recursos financeiros para atendê-las são escassos.²³⁷

²³³ ALMEIDA, Dayse Coelho de, **A fundamentalidade dos direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso**. *Inclusão Social*. Brasília, n. 1, p. 118-124, out. 2006/ mar.2007²³³ p. 123

²³⁴ TRUGILHO, Diogo Lima. **A inaplicabilidade da reserva do possível no estado democrático de direito brasileiro**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5033. Acesso em 26 de mar. de 2012.

²³⁵ ALMEIDA, Dayse Coelho de. **A fundamentalidade dos direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso**. *Inclusão Social*. Brasília, n. 1, p. 118-124, out. 2006/ mar.2007. p. 120

²³⁶ TRUGILHO, op. cit.

²³⁷ SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. **Da Reserva do possível e da Proibição de Retrocesso Social**. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*. Minas Gerais, nº 3 v. 76. ano XXVIII. jul/set. 2010. p. 48

Pelo fato dos direitos sociais demandarem prestações estatais, como, distribuição redistribuição e criação de bens, eles possuem um caráter econômico bastante relevante, em detrimento dos direitos fundamentais, ditos de defesa.²³⁸

Dado este caráter econômico, a implementação dos direitos sociais, por parte do poder público, quase sempre fica relegada a questão da reserva do possível, ou nos dizeres de Canotilho, “os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos”.²³⁹

Entretanto, deve se ter em mente, que o mínimo necessário ao indivíduo para sobreviver não pode fazer parte do bojo de prestações que o legislador deixa de cumprir utilizando-se do argumento da reserva do possível.²⁴⁰ O núcleo essencial mínimo dos direitos sociais, necessários a uma vida condigna, a fim de que a dignidade da pessoa humana seja efetivamente preservada, não pode ser suprimido sob a alegação da reserva do possível.²⁴¹

Em um país como o Brasil, onde a exclusão social ainda é bastante acentuada, em que uma parcela considerável da população luta para sobreviver sem o mínimo de dignidade, os direitos sociais, não podem ficar reféns de uma condicionante como a reserva do possível.²⁴²

A verdadeira concepção da reserva do possível deve ser entendida de maneira a empregar os recursos visando atender as necessidades prioritárias e caso haja sobras, se atender o que é supérfluo. O estado tem o dever de assegurar as exigências mínimas reconhecidas como direitos essenciais dos indivíduos.²⁴³

É inegável que a escassez de recursos é um empecilho para que os direitos sociais sejam implementados prontamente, levando o poder público a realizar verdadeiras “escolhas

²³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre. Livraria do advogado, 2003. p. 274

²³⁹ CANOTILHO apud SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. Da Reserva do Possível e da Proibição de Retrocesso Social. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**: Minas Gerais, nº 3, v. 76, ano XXVIII, jul./set. 2010. p. 48

²⁴⁰ SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. Da Reserva do possível e da Proibição de Retrocesso Social. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. Minas Gerais, nº 3 v. 76. ano XXVIII. jul/set. 2010. p. 48

²⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas em torno da proibição de retrocesso na esfera dos direitos fundamentais sociais. **Direito & Justiça**. Porto Alegre, n. 1, p. 9-50, jun. 2006. p.34

²⁴² TRUGILHO, Diogo Lima. **A inaplicabilidade da reserva do possível no estado democrático de direito brasileiro**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5033. Acesso em 26 de mar. de 2012.

²⁴³ SIQUEIRA, op. cit., p. 48-50

trágicas” tendo que privilegiar certos direitos ou políticas públicas relevantes em detrimento de outras igualmente importantes.²⁴⁴

Mas percebe-se na verdade, que se utiliza do argumento da reserva do possível para justificar as fracas administrações que não conseguem (ou não querem) assegurar a real implementação e concretização dos direitos sociais, que muitas vezes são os mais básicos, para uma vida condigna.²⁴⁵

A reserva do possível não pode ser utilizada para justificar as ingerências e malversações do erário por parte do poder público, pois se corre o risco de ocorrer uma verdadeira afronta a dignidade da pessoa humana, nesse sentido:

[...] o papel do governo é gerir e aplicar corretamente todo o dinheiro arrecadado a título de financiamento do aparato estatal e, principalmente, dos direitos. Assim, se a reserva do possível for utilizada apenas com o propósito de justificar os erros de gestão social do Poder Público, então é um postulado flagrantemente contrário aos direitos da pessoa humana²⁴⁶

A constante instabilidade econômica é um fenômeno que ganha contornos mundiais, atrelada aos efeitos da globalização no campo econômico, traz a tona a necessidade da

²⁴⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo. Ementa: criança de até cinco anos de idade - atendimento em creche e em pré-escola - sentença que obriga o município de São Paulo a matricular crianças em unidades de ensino infantil próximas de sua residência ou do endereço de trabalho de seus responsáveis legais, sob pena de multa diária por criança não atendida - legitimidade jurídica da utilização das “astreintes” contra o poder público - doutrina - jurisprudência - obrigação estatal de respeitar os direitos das crianças - educação infantil - direito assegurado pelo próprio texto constitucional (CF, art. 208, IV, na redação dada pela EC nº 53/2006) - compreensão global do direito constitucional à educação - dever jurídico cuja execução se impõe ao poder público, notadamente ao município (CF, art. 211, § 2º) - legitimidade constitucional da intervenção do poder judiciário em caso de omissão estatal na implementação de políticas públicas previstas na constituição - inocorrência de transgressão ao postulado da separação de poderes - proteção judicial de direitos sociais, escassez de recursos e a questão das “escolhas trágicas” - reserva do possível, mínimo existencial, dignidade da pessoa humana e vedação do retrocesso social - pretendida exoneração do encargo constitucional por efeito de superveniência de nova realidade fática - questão que sequer foi suscitada nas razões de recurso extraordinário - princípio “jura novit curia” - invocação em sede de apelo extremo - impossibilidade - recurso de agravo improvido. políticas públicas, omissão estatal injustificável e intervenção concretizadora do poder judiciário em tema de educação infantil: possibilidade constitucional. *ARE 639337 AgR/ SP*. Segunda Turma. Agravante: Município de São Paulo. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator (a): Min. Celso de Mello. Brasília, 23 de agosto de 2011. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28proibi%27%E3o++e++retrocesso++e++social++e++direitos++e++sociais%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em 09 de abril de 2012. 11:09.

²⁴⁵ SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. Da Reserva do possível e da Proibição de Retrocesso Social. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*. Minas Gerais, nº 3 v. 76. ano XXVIII. jul/set. 2010. p. 48

²⁴⁶ SIQUEIRA, op. cit., p. 48

importância do reconhecimento no plano constitucional da proibição de retrocesso social,²⁴⁷ o poderio econômico internacional não pode se sobrepor aos ideais de justiça.²⁴⁸

Os efeitos dessa globalização maciça, em especial no plano econômico, acarreta a perda de gestão do Estado de suas economias regionais, influenciando nas políticas de implementação dos direitos sociais,²⁴⁹ mas a economia, mesmo que ligada ao direito, não pode impor a estruturação das normas de cunho social, sem levar em conta tudo o que já foi conquistado nesta seara.²⁵⁰

O discurso centrado na reserva do possível como justificativa do poder público para se escusar do seu dever de por em prática a implantação de políticas públicas que visem à promoção e manutenção dos direitos sociais ganha força em um contexto globalizado e em tempos de crises econômicas, sejam regionais ou mundiais²⁵¹

Apresentando esse discurso de carência orçamentaria, como transitório visando à solução dessas crises momentâneas, o discurso se torna mais palatável e acaba por ser aceito em nome do desenvolvimento econômico nacional, mas de transitório ele passa a irreversível, ficando cada vez mais distante, aquela prometida justiça social.²⁵²

No entanto, o discurso centrado no primado da reserva do possível, utilizado como meio para afiançar a falta de investimentos do poder público no que concerne a realização de prestações sociais, não se mostra razoável, para uma efetiva promoção da dignidade da pessoa humana e da justiça e equidade social.²⁵³

²⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano. **Revista TST**. Brasília, n. 3, p. 116-149, jul./set. 2009 p002E 120

²⁴⁸ BONNA, Aline Paula. A vedação do retrocesso social como limite à flexibilização das normas trabalhistas brasileiras. **Revista do Tribunal Regional da 3ª Região**. Belo Horizonte, v. 47, n.77 p. 51-66, jan./jun. 2008. p. 64

²⁴⁹ ALMEIDA, Dayse Coelho de. A fundamentalidade dos direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso. **Inclusão Social**. Brasília, n. 1, p. 118-124, out. 2006/ mar.2007. p. 122

²⁵⁰ BONNA, Aline Paula. A vedação do retrocesso social como limite à flexibilização das normas trabalhistas brasileiras. **Revista do Tribunal Regional da 3ª Região**. Belo Horizonte, v. 47, n.77 p. 51-66, jan./jun. 2008. p. 54-55

²⁵¹ BRAATZ, Tatiani Heckert. Direito à educação: dever do estado?. **Revista Jurídica-CCJ/FURB**. Blumenau, v. 12, n. 24, p. 80-94, jul./dez. 2008. p. 201

²⁵² BONNA, Aline Paula. A vedação do retrocesso social como limite à flexibilização das normas trabalhistas brasileiras. **Revista do Tribunal Regional da 3ª Região**. Belo Horizonte, v. 47, n.77 p. 51-66, jan./jun. 2008. p. 54

²⁵³ SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. Da Reserva do Possível e da Proibição de Retrocesso Social. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**: Minas Gerais, nº 3 v. 76. ano XXVIII. jul/set. 2010. p. 52-53

De fato, apresenta-se como um dos maiores desafios para os modernos Estados Constitucionais, principalmente aqueles que ainda se encontram em fase de desenvolvimento, a busca pelo progresso, aliando o desenvolvimento sustentável, tanto em seu viés ambiental, quanto no seu viés econômico e social.²⁵⁴

²⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang, Notas sobre assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano. **Revista TST**. Brasília, n. 3, p. 116-149, jul./set. 2009

CONCLUSÃO

O Estado Constitucional é tido um como um paradigma alternativo ao Estado de Direito consubstanciado no princípio da legalidade, tendo como sustentáculo a primazia dos direitos fundamentais.

As sociedades atuais são caracterizadas pela diversidade de grupos sociais de todos os gêneros e é essa diversidade que vai influenciar na criação do Direito. Sendo assim uma Constituição deve reunir os valores dos mais variados grupos que a compõe, a fim de garantir, de afiançar a legitimidade do ordenamento.

Os direitos fundamentais como fundamento do Estado Constitucional, vinculam o poder político, impondo não só a abstenção de atentar contra esses direitos, como também uma postura atuante no sentido de se buscar a viabilidade dos direitos fundamentais. Pelo efeito irradiante e horizontal, características dos direitos fundamentais na sua visão objetiva, estes espalham os seus efeitos para todos os ramos do direito e também, nas relações entre os indivíduos no âmbito particular.

No Estado de Direito entendido como Estado Legislativo, onde o princípio da legalidade é exaltado e a lei é tida como soberana, toda a sorte de iniquidades podem ser cometidas, simplesmente pela alegação de estarem sob a guarda da lei, os direitos fundamentais surgem como pedra de salvação, como elementos de salvaguarda da sociedade contra as arbitrariedades cometidas com o abuso da lei, por aqueles que detêm o poder.

A positivação dos direitos fundamentais no texto constitucional faz com que a lei se submeta a eles, a lei para possuir validade dentro do ordenamento, tem que estar materialmente de acordo com a constituição e não apenas formalmente de acordo com o texto constitucional.

Assim, os direitos fundamentais devem ser entendidos também sob uma perspectiva, objetiva, ou seja, os direitos fundamentais não são apenas direitos de defesa frente ao poder estatal, mas denotam também uma busca por direitos a prestações necessárias à livre fruição desses direitos. Trata-se de verdadeiras imposições ao poder público, destinadas à satisfação das diretrizes emanadas do texto constitucional.

Essa perspectiva objetiva dos direitos fundamentais dá origem também ao denominado efeito dirigente dos direitos fundamentais. Por esse efeito, as esferas estatais ficam incumbidas de buscar a realização e concretização dos direitos fundamentais, notadamente dos direitos sociais, que pela sua natureza necessitam de uma postura atuante do poder público para que possam ser implementados.

Essa característica é percebida na chamada Constituição Dirigente, com suas normas ditas programáticas, estabelecendo verdadeiras tarefas-fins ao Estado, vinculando o legislador aos programas e metas traçados pela Constituição, no intuito de que os valores mais caros de uma determinada sociedade, em um dado momento histórico não se percam com decorrer do tempo, transformando-se em letra morta sem efetividade alguma.

Mesmo tendo sido motivo de uma reflexão e revisitação por seu criador, o doutrinador português José Joaquim Gomes Canotilho, a tese da Constituição Dirigente não perdeu o seu valor, apenas deixou de apresentar um cunho revolucionário, mas continua, sim, sendo um instrumento de grande valia, notadamente em países onde as promessas de igualdade não foram totalmente cumpridas.

De inspiração portuguesa, nossa atual constituição é tipicamente uma constituição de caráter dirigente, com normas que estabelecem as diretrizes e os objetivos a serem alcançados pelo poder público, como a busca por uma igualdade social, que de fato, ainda está longe de ser alcançada, progressos aconteceram é inegável, mais ainda não chegamos a um patamar ideal de justiça social, daí porque o dirigismo constitucional se torna vital e não pode ser abandonado em um país como o Brasil.

Para esse desiderato, o reconhecimento da jusfundamentalidade dos direitos sociais e o consequente entendimento de que são normas de eficácia imediata é de suma importância. É certo que a implantação desses direitos carece de condições exteriores, notadamente a busca de recursos pelo legislador ou de adequações orçamentárias que visem a real concretização dos direitos sociais, mas isso não lhes tira o peso de direitos fundamentais e, portanto, com aplicabilidade imediata.

Uma vez concretizados os direitos sociais, eles não estão mais na esfera de disponibilidade do legislador, este não pode simplesmente desconstituir uma legislação concretizadoras de direitos sociais, sob pena de contrariar um mandamento constitucional que já alcançou a sua efetividade.

Deste modo, o reconhecimento do princípio da proibição do retrocesso social, como decorrente do sistema jurídico-constitucional pátrio, emerge como instrumento de garantia de continuidade da ordem jurídica, em especial no que tange as conquistas alcançadas na seara social. Não obstante o tema estar mais desenvolvido em outros países, principalmente Alemanha e Portugal, a discussão acerca do princípio da proibição do retrocesso social vem ganhando força e contorno na doutrina e jurisprudência pátria como mecanismo de proteção da segurança social.

A despeito da segurança jurídica já estar consagrada na maioria dos textos constitucionais modernos, entendida como o instituto que visa à proteção das situações jurídicas garantindo a estabilidade das relações, juntamente com as demais figuras que dela decorrem como direitos adquiridos, a coisa julgada, o ato jurídico perfeito, todos consagrados pela Carta Magna. Todavia estes institutos não são suficientes para abarcar todas as situações da realidade, sendo necessária a observância do princípio da proibição do retrocesso social, visando à manutenção dos graus de concretude dos direitos sociais já alcançados, para que continuem surtindo os seus efeitos.

Outro fator que leva ao não implemento de direitos sociais é a alegada questão da reserva do possível. Argumento utilizado para justificar o incumprimento pelo poder público, daquilo que a constituição determina com relação à seara de direitos sociais, sob a alegação de escassez de dinheiro nos cofres públicos, como uma forma do Estado se escusar de suas obrigações.

No entanto aquilo que é necessário, o que é básico para o indivíduo ter uma vida com dignidade, não pode ser deixado de lado ao argumento de que não se tem dinheiro. Essa alegação não pode ser aceita ainda mais em um país como Brasil, onde há locais de extrema pobreza em que muitas vezes nem o mínimo em dignidade é respeitado, onde milhares de pessoas sofrem sem direitos básicos necessários à sobrevivência de qualquer ser humano.

A relatividade do princípio da proibição de retrocesso deve também ser levada em consideração, ainda mais no contexto atual de globalização, invasão do capital estrangeiro, e de crises econômicas. É certo que alguns ajustes pelo poder público, são às vezes necessários e eventualmente alguma redução em matéria social pode vir a ocorrer, o que não pode, é essas medidas serem tomadas de maneira irresponsável.

Sempre que se fizer necessário eventual redução nos direitos sociais já concretizados, deve se levar em conta, o núcleo essencial desses direitos sociais, que englobam o chamado mínimo existencial necessário á uma vida com dignidade. Esse conceito de mínimo existencial mantém uma estrita relação como o princípio da dignidade da pessoa humana. Sendo assim, qualquer redução dos ganhos sociais deve vir acompanhada de outras alternativas ou compensações.

A dignidade da pessoa humana como elemento fundante e convergente do Estado Constitucional, deve ser o norte para as políticas públicas de conotação social. A dignidade da pessoa humana como princípio emanado do texto constitucional, e que muitas vezes denota uma interposição legislativa, para ganhar corpo, não pode depois de alcançada ter a sua eficácia retirada sem mais nem menos, neste passo o princípio da proibição do retrocesso se mostra capaz de enfrentar as intempéries sociais da direção política.

REFERÊNCIAS

AGNOLL, Darlei Dall'. **O igualitarismo liberal de dworkin**. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0100512X2005000100005&script=sci_arttext#not. Acesso em 18 de mar. de 2012

ALMEIDA, Dayse Coelho de. A fundamentalidade dos direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso. **Inclusão Social**. Brasília, n. 1, p. 118-124, out. 2006/ mar.2007.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: Limites e possibilidades da constituição brasileira**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto, BARCELLOS, Ana Paula. **O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro**. Disponível em: http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_histdirbras.pdf. Acesso em: 13 de nov. de 2011.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e política: uma relação difícil**. Lua Nova: São Paulo, nº 61, CEDEC, p. 6-24, 2004.

BONNA, Aline Paula. A vedação do retrocesso social como limite à flexibilização das normas trabalhistas brasileiras. **Revista do Tribunal Regional da 3ª Região**. Belo Horizonte, v. 47, n.77 p. 51-66, jan./jun. 2008.

BRAATZ, Tatiani Heckert. Direito à educação: dever do estado?. **Revista Jurídica-CCJ/FURB**. Blumenau, v. 12, n. 24, p. 80-94, jul./dez. 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 2011. Disponível em <http://www.planalto.gov.br> . Acesso em 13 de nov. de 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo. Ementa: criança de até cinco anos de idade - atendimento em creche e em pré-escola - sentença que obriga o município de São Paulo a matricular crianças em unidades de ensino infantil próximas de sua residência ou do endereço de trabalho de seus responsáveis legais, sob pena de multa diária por criança não atendida - legitimidade jurídica da utilização das “astreintes” contra o poder público - doutrina - jurisprudência - obrigação estatal de respeitar os direitos das crianças - educação infantil - direito assegurado pelo próprio texto constitucional (CF, art. 208, IV, na redação dada pela EC nº 53/2006) - compreensão global do direito constitucional à educação - dever jurídico cuja execução se impõe ao poder público, notadamente ao município (CF, art. 211, § 2º) - legitimidade constitucional da intervenção do poder judiciário em caso de omissão estatal na implementação de políticas públicas previstas na constituição - inocorrência de transgressão ao postulado da separação de poderes - proteção judicial de direitos sociais, escassez de recursos e a questão das “escolhas trágicas” - reserva do possível, mínimo existencial, dignidade da pessoa humana e vedação do retrocesso social - pretendida exoneração do encargo constitucional por efeito de superveniência de nova realidade fática - questão que sequer foi suscitada nas razões de recurso extraordinário - princípio “jura novit curia” - invocação em sede de apelo extremo - impossibilidade - recurso de agravo improvido. políticas públicas, omissão estatal injustificável e intervenção concretizadora do poder judiciário em tema de educação infantil: possibilidade constitucional. *ARE 639337 AgR/ SP*. Segunda Turma. Agravante: Município de São Paulo. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator (a): Min. Celso de Mello. Brasília, 23 de agosto de 2011. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28proibi%E7%E3o++e++retrocesso++e+social++e+direitos++e+sociais%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em 09 de abril de 2012. 11:09

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **“Brancosos” e interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: Contributo para a compreensão das normas programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina. 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina. 2003

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O direito constitucional como ciência de direção – o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da “constituição social”). In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. (Coord.). CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. (Coord.). CORREIA, Érica Paula Barcha. (Coord.). **Direitos Fundamentais sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 11-31.

CARNEIRO, Leandro da Silva. O poder de reforma e os direitos fundamentais. **Revista de Direito**. São Paulo, v. XII, n. 16, p. 133-152, 2009.

CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. **A concepção de direitos fundamentais como trunfos no estado constitucional**. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, XVIII, 2009, São Paulo.

CARVALHO, Osvaldo Ferreira de; COSTA, Eliane Romeiro. **O princípio da proibição de retrocesso social no atual marco jurídico-constitucional brasileiro**. *Direito Público*, [s.l.], n. 34, p. 7-39, jul.-ago. 2010

CARVALHO, Osvaldo Ferreira de; COSTA, Eliane Romeiro. **Segurança jurídica e o princípio da proibição de retrocesso social na ordem jurídico-constitucional brasileira**. *Revista Científica Internacional*, [s.l.], n. 6, p. 1-17, mar. 2009.

COELHO, Inocêncio Mártires. O novo constitucionalismo e a interpretação constitucional. **Direito Público**. Brasília, v. 1, n. 12 p. 48-73, abr. – mai. – jun. de 2006.

DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DERBLI, Felipe. Segurança jurídica, legalidade, irretroatividade e anterioridade. **Revista Ciências Sociais**. Rio de Janeiro, v. 10, n. 1-2, p. 91-117, jan./dez. 2004.

FERRAJOLI, Luigi. **O estado de direito entre o passado e o futuro**. In: COSTA, Pietro. ZOLO, Danilo. (Org.) *O estado de direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes. 2006 p. 417 - 464.

FILETI, Narbal Antônio Mendonça. **O princípio da proibição de retrocesso social: breves considerações**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2059, 19 fev. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/12359>>. Acesso em: 21 mar. 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A jurisdição no estado constitucional**. Disponível em http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/2174/A_Jurisdic%C3%A7%C3%A3o_no_Estado_Constitucional.pdf?sequence=1. Acesso em 09 de nov. de 2011.

MELO, Adriana Zawada. Direitos humanos fundamentais e o estado de direito social. **Revista Mestrado em Direito**. Osasco: n. 2, p. 71-86, 2007.

MONTEZ, Marcus Vinicius Lopes. **A constituição dirigente realmente morreu?**. Disponível em: <http://www.viajuridica.com.br/doutrina.asp>. Acesso em: 13 de nov. de 2011.

NOTÍCIAS de uma guerra particular. Produção de Raquel Zangrande. Brasil: Vídeo filmes, 1999. DVD.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique: **La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional**. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2002. Tradução de Viviane de Almeida Cunha Logrado. Brasília-DF, 2011.

PIOVESAN, Flavia. Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos. **Sur Revista Internacional de Direitos Humanos**: São Paulo, v. 1, n. 1, p. 20-47, 1º sem. 2004.

QUEIROZ, Cristina. **Direitos Fundamentais Sociais**: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

QUEIROZ, Cristina. **O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais**. Coimbra: ed. Coimbra, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang, Algumas notas em torno da proibição de retrocesso na esfera dos direitos fundamentais sociais. **Direito & Justiça**. Porto Alegre, n. 1, p. 9-50, jun. 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang, Notas sobre assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano. **Revista TST**. Brasília, n. 3, p. 116-149, jul./set. 2009

SILVA, Christine Oliveira Peter da. **A jurisdição e a defesa da constituição no estado constitucional brasileiro**. 2009. Trabalho desenvolvido para a disciplina jurisdição constitucional brasileira. (Doutorado)-Programa de Doutorado em Direito e Estado da Universidade de Brasília, Brasília, 2009.

SILVA, João Fernando Vieira da. **O resgate da idéia de constituição dirigente no constitucionalismo pátrio.** Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br> Acesso em: 13 de nov. de 2011.

SILVA, Lúcio Tadeu da. **O estado constitucional cogitado por Gustavo Zagrebelsky.** Disponível em <http://www.tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/205-artigos-jun-2007/5453-o-estado-constitucional-cogitado-por-gustavo-zagrebelsky>. Acesso em 09 de nov de 2011.

SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. Da Reserva do possível e da Proibição de Retrocesso Social. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais.** Minas Gerais, nº 3 v. 76. ano XXVIII. jul/set. 2010

SOARES, Dilmanoel de Araujo. **Direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso social.** Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

STRECK, Lênio Luiz. **Constituição ou barbárie?.** a lei como possibilidade emancipatória a partir do Estado Democrático de Direito. Disponível em http://www.ihj.org.br/poa/professores/Professores_02.pdf.> Acesso em 14 abr. 2012

STRECK, Lênio Luiz. Hermenêutica e concretização da Constituição. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais.** Belo Horizonte, nº 01 Del Rey, 2003.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica.** Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2002.

TRUGILHO, Diogo Lima. **A inaplicabilidade da reserva do possível no estado democrático de direito brasileiro.** Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5033. Acesso em 26 de mar. de 2012.

VICTORINO, Fabio Rodrigo. Evolução da teoria dos direitos fundamentais. **Revista CEJ:** Brasília, ano XI, n. 39, p. 10-21, out./dez. 2007.